Die Stellvertretung

im Servituten-(Dienstbarkeits)besitze

nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

F. Lindenmaier
Referendar

ACAD. LUDW. BAT. BIBL.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meiner Mutter.

Literaturverzeichnis.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl. 1886.

Bossert: Das Wesen des Servitutenbesitzes, 1883.

Biermann: Das Sachenrecht des BGB., II. Aufl. 1903.

Böhm: Über die Ersitzung ländlicher Dienstbarkeiten, insbesondere durch Stellvertreter, 1893.

Brinz: Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Aufl. 1892/95.

Bruns: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, 1848.

Bruns: Die Besitzklagen des heutigen und römischen Rechts, 1874.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, 3. Aufl. 1899.

Bremer: Beiträge zur Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. Bd. 11 und 20.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Aufl. 1901.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 5. Aufl. 1894.

Dernburg: Pandekten, 4. Aufl. 1894.

Elvers: Die römische Servitutenlehre, 1856

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, 2. Bd. von Lehmann, 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 11 und 19, 12.

Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, 1867.

Fischer-Henle: Handausgabe des BGB. mit erläuternden Anmerkungen, 3. Aufl. 1899.

Förster: Preußisches Privatrecht, bearbeitet von Eccius, 7. Aufl. 1896.

Fuchs: Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. und der GBO., 1902.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 1808.

Goldschmidt: System des Handelsrechts, 4. Aufl. 1892.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, Bd. 8.

Hauser: Stellvertretung im Besitze, 1870.

Hedemann: Erwerb und Schutz des Servitutenbesitzes, 1864.

Heinrichs: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter nach gem. Recht und BGB.

Herwart: Über quasipossessio und possessorische Rechtsmittel in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 12.

Hölder: Über die Anwendung der Verpfändung auf servitutes urbanae im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 63.

Jhering: Der Besitzwille, 1889.
Jhering: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jherings Jahrbüchern, Bd. 1 und 2.
Jhering: Über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. 1869.
Kober: Kommentar zum Sachenrecht, 1898.
Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht in Jherings Jahrbüchern, Bd. 36.
Mandry: Zur Lehre vom Besitzwillen im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 63.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900.
Meisner: Kommentar zum BGB.
Männer: Das Recht der Grundstücke nach dem BGB. und der GBO., 1899.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Recht, 1885.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1888.
Munscheid: Stellvertretung im Besitzerwerb nach römischem und gemeinem Recht, verglichen mit den Vorschriften des BGB.
Muther: Die Ersitzung der Servituten, 1852.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 2. Aufl. 1900.
Planck: Kommentar zum BGB., 2. Aufl. 1898/1902.
Puchta: Kleine civilistische Schriften.
Puchta: Pandekten, 7. Aufl. 1853, besorgt v. Rudorff.
Randa: Der Besitz mit Einschluß der Besitzklagen nach österreichischem und gemeinem Recht. 3. Aufl. 1879.
Savigny: Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, mit Zusätzen von Rudorff.

Savigny: System des heutigen römischen Rechts, 1840.

Regelsberger: Über den Besitzerwerb durch Mittelspersonen in Iherings Jahrbüchern, Bd. 44.

Scheurl: Beiträge des römischen Rechts, Bd. 1 u. 2, 1884 und 1886.

Schloßmann: Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte, 1881.

Schloßmann: Zur Lehre von der Tradition in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 8.

Schloßmann: Zur Lehre vom Besitzerwerb durch Dritte in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 9.

Schirmer: Der Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 14.

Scheurl: Über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Iherings Jahrbüchern, Bd. 2.

Seuffert: Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, 1868.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. II., III., V., VI., VII., VIII., X., XIV., XVI., XVIII., XX., XXII., XXIII., XXV., XXVII., XXX., XLII. und XLIII.

Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, 2. Aufl. 1899.

Sintenis: Das praktische gemeine civile Recht, 3. Aufl. 1868.

Striethorst: Archiv für Rechtsfälle, 22, Neue Folge 1.

Unterholzner: Ausführliche Entwickelung der gesamten Verjährungslehre, 1858.

v. Vangerow: Leitfaden für die Pandektenvorlesungen, 3. Aufl. 1840.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1900, besorgt von Kipp.

Scherer: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899.

Witte: Gewährt nach römischem Recht die mit dem animus rem sibi habendi verbundene tatsächliche Herrschaft über eine Sache in allen Fällen den Schutz durch Interdikte? In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 18.

Zimmermann: Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, 1876.

Pininsky: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes, 1885.

Disposition.

§ 1. A. Einleitung: Servitutenbesitz nach römischem und gemeinen Recht.

B. Ausführung: Stellvertretung im Servitutenbesitz.

I. Gemeines Recht.

a) Zulässigkeit der Stellvertretung.

§ 2. 1. Arten der Stellvertretung.

2. Zulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung bewiesen durch

α) Analogie des Sachbesitzes.

§ 3. aa) Zulässigkeit der Anwendung der Lehren des Sachbesitzes.

§ 4. bb) Nachweis der Zulässigkeit der Stellvertretung beim Sachbesitz.

§ 5. β) Quellenaussprüche.

b) Gestaltung der Stellvertretung beim Servitutenbesitz.

1. Erwerb des Besitzes.

α) Erfordernisse der Stellvertretung corpore.

aa) Ausübung des corpus durch den Stellvertreter.

§ 6. αα) Das corpus des Servitutenbesitzes.
§ 7. ββ) Gestaltung der Ausübung des corpus durch Stellvertreter.
bb) Vertretungswille des Stellvertreters.
§ 8. αα) Erheblichkeit des Willens des Stellvertreters beim Sachbesitz.
§ 9. ββ) Anwendung der Grundsätze des Sachbesitzes auf den Servitutenbesitz.
§ 10. γγ) Constitutum possessorium.
cc) Wille des Vertretenen, durch den Vertreter Besitz zu erwerben.
§ 11. αα) Generalmandat oder Spezialmandat.
§ 12. ββ) Miete- und Pachtverhältnis.
§ 13. γγ) Genehmigung.
β) Stellvertretung animo.
aa) Der animus possidendi beim Servitutenbesitz.
§ 14. αα) Im allgemeinen.
§ 15. ββ) Bei negativen Servituten.
bb) Gestaltung der Stellvertretung animo.
§ 16. αα) Nachweis der Unzulässigkeit im allgemeinen.
§ 17. ββ) Fälle der Stellvertretung animo.
2. Fortsetzung des Besitzes.
α) Stellvertretung corpore.
aa) Ausübung des corpus ohne animus possidendi des Vertretenen bei Prädialservituten.
§ 18. αα) Im allgemeinen.
§ 19. ββ) Beim Usufructuar und Prekaristen als Stellvertreter.

§ 20. bb) Anwendung der gewöhnlichen Regeln bei Personalservituten.
§ 21. β) Stellvertretung animo.
3. Verlust des Besitzes.
α) Stellvertretung corpore.
§ 22. aa) Allgemeine Voraussetzungen.
bb) Verlust durch non usus.
§ 23. αα) Möglichkeit des Verlustes durch non usus.
§ 24. ββ) Gestaltung des non usus bei den einzelnen Servituten.
§ 25. cc) Verlust durch Unmöglichkeit der Ausübung.
dd) Verlust wegen mangelnden Vertretungswillens des Vertreters.
§ 26. αα) Versuch einer Widerlegung widersprechender Ansichten.
§ 27. ββ) Entwickelung der sich ergebenden Regeln vom Sachbesitz.
§ 28. γγ) Anwendung dieser Regeln auf den Servitutenbesitz.
§ 29. δδ) Erhaltung des Besitzes trotz mangelnden Vertretungswillens.
§ 30. β) Stellvertretung animo.
II. Stellvertretung im Servitutenbesitz nach BGB.
a) Zulässigkeit eines Servitutenbesitzes.
§ 31. 1. Äußerungen des Gesetzbuches.
§ 32. 2. Äußerungen der Motive.
§ 33. 3. Äußerungen der Literatur.
§ 34. b) Versuch der Konstruktion eines Servitutenquasibesitzes.
c) Stellvertretung im Servitutenbesitz.

§ 35. 1. Erwerb des Besitzes mit gleichzeitigem Besitzerwerb des Vertreters.

2. Erwerb des Besitzes ohne gleichzeitigen Besitzerwerb des Vertreters.

§ 36. α) Besitzdiener.

§ 37. β) Bei Einigung über den Besitzübergang.

§ 38. 3. Stellvertretung im Willen.

§ 39. Schluß: Gegenüberstellung der Prinzipien des gemeinen Rechts und des BGB.

§ 1.

Der Besitz, und zwar im engeren Sinne der Sachbesitz, ist eines der Rechtsinstitute — wir gebrauchen diesen Ausdruck, um nicht in den Streit hineingerissen zu werden, ob Besitz ein Recht oder nur ein tatsächliches Verhältnis ist —, das, wie der Tausch oder die Ehe, schon in den ältesten Zeiten rechtliche Bedeutung gewann, ein tatsächliches Verhältnis, dem zuerst Rechtswirkung und Rechtsschutz beigelegt worden ist. Bevor sich der Begriff des Eigentums entwickelte, gab es den des Besitzes, d. h. der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, das beweist die auch heute noch bestehende Vermischung dieser beiden Begriffe im Munde des Volkes.

Es liegt in der Natur der Dinge, daß Besitz zuerst nur an körperlichen Gegenständen gedacht wurde. Erst als man begann, den Begriff „Besitz" zu abstrahieren, ihn losgelöst von seinem Verhältnis zur körperlichen Sache zu betrachten, konnte man auf den Gedanken kommen, ein dem Besitz ähnliches Verhältnis der Ausübung der tatsächlichen Gewalt auch an anderen als körperlichen Gegenständen, an Rechten, anzunehmen. Zuerst wird sich diese Entwicklung bei denjenigen Rechten vollzogen haben, die die Detention einer Sache mit sich

brachten, wie z. B. die Emphyteuse oder der Ususfruktus.[1] Dem Usufruktuar, der ursprünglich Besitzer des Nießbrauchgegenstandes war, gab man zur Kaiserzeit nur die Detention der Sache. Da es jedoch im wirtschaftlichen Interesse lag, daß diese Detention rechtlichen Schutz gegen Störung und Entziehung erhielt, so wurden dem Usufruktuar das interdictum uti possidetis und unde vi als utilia zugewiesen.[2]

Da nun also dem Usufruktuar Rechtsschutz gegen Entziehung und Störung des Nießbrauchs gegeben war, was lag da näher, als ihm den Besitz des Rechtes zuzusprechen? Diese Entwickelung ging jedoch nicht ohne Widerstreben der Juristen vor sich. So leugnet Ulpian noch in l. 1 § 8 D. 43,3,[3] in der er dem aus dem Ususfruktus vertriebenen heres den Interdiktenschutz zuspricht, das Vorhandensein eines Besitzes an diesem Rechte, während er allerdings in l. 4 D. 43,17[4] dem Pomponius in seiner Behauptung, daß ein geschützter Besitz am Ususfruktus bestehe, Recht gibt.

Diese Entwickelung verfehlte nicht, ihren Einfluß auf die anderen Servituten auszuüben. Es wurde

---

1) Dernburg, Pandekten S. 448.

2) Vergl. hierfür l. 3 §§ 13, 15 D. 43, 16. Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet. „si prohibeatur uti frui usu fructu fundi". Pertinet autem hoc interdictum ad eum, qui fundo uti frui prohibitus est.

3) l. 1 § 8 D. 43, 3. Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus eumque occupaverit, an hoc interdicto (quod legatorum) restituere sit compellendus, movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum.

4) l. 4 D. 43, 17. Idem erit probandum, et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit.

allmählich auch bei diesen analog wie beim Ususfruktus auf Grund dessen, daß ihnen der Interdiktenschutz zustand, ein Besitz konstruiert. Es bildete sich wohl dann allmählich die Anschauung heraus, als ob die Interdikte, die jedoch, wie gesagt, zeitlich früher bestanden, erst zum Schutze dieses Besitzes aufgestellt wären.[5] Diese Anschauung spiegelt sich in l. 20 D. 8,1 [6] wieder, wo Javolenus, nachdem er ausgeführt hat, daß beim Servitutenbesitz an Stelle der traditio eine in dem usus juris bestehenden quasitraditio trete, fortfährt: ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Man kann zwei Gruppen von Quellenstellen einander gegenüberstellen, von denen die einen eine possessio bei Servituten anerkennen, die anderen die Möglichkeit einer solchen leugnen. Es sprechen zuerst von possidere und possessio Javolenus und Celsus in l. 20 D. 8,1: Usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse.

l. 1 D. 43,19 Jus fundi possedisse oportet. Dann finden sich jedoch die Ausdrücke quasipossessio und possessio häufiger bei Julian, Paulus und Ulpian. Quasibesitz und Besitz an Servituten wird anerkannt von Ulpian in l. 23 § 2 D. 4,6 fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem; l. 4 D. 43,17 usus fructus . . . . possessionem; l. 3 § 17 D. 43,17 qui usus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione; l. 2 D. 8,4 qui hoc ius possedit; l. 5 § 3 43,19 velut

5) Bossert, Servitutenbesitz S. 4; Böhm, Ersitzung ländlicher Dienstbarkeiten S. 29.

6) l. 20 D. 8, 1. Ego puto usum eius juris pro traditione possessionis esse accipiendum; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

longae possessionis praerogativam; l. 3 § 2 D. 43,19 von einer via: qui a me videtur vi vel clam vel precario possidere; l. 6 § 1 D. 8,5 sciendum tamen in his servitutibus possessorem eum esse iuris et petitorem; l. 10 pr. D. 8,5 si quis dinturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit; l. 2 § 3 D. 43,26 qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est;

von Julian in: l. 3 D. 7,6 qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint; von Paulus in: l. 7 D. 43,19 ius fundi possedisse oportet;

von Gajus in: Gai inst. IV 39 certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritaten suam finiendis controversiis interposuit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquas contenditur und dieſer Stelle nachgebildet pr. J. 4,15. Die ebenfalls von Boſſert[7] angeführte l. 10 C 7,32 kann ich als einen Beweis für die Annahme einer possessio nicht anſehen, da hier nicht von der possessio iuris ſondern vom ius possessionis geredet wird, wie deutlich aus dem Schluß hervorgeht: non posse eum intelligi possessorem, qui, licet corpore teneat, tamen ex interprosita constetatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.

Dem ſtehen eine Reihe von Quellenſtellen gegenüber, in denen eine possessio iuris geleugnet, eine possessio vielmehr nur an körperlichen Gegenſtänden für möglich

7) Boſſert, a. a. O. S. 5.

erklärt wird.[8] Wie sind nun diese widersprechenden Quellenstellen zu erklären? Wie kommt es, daß Julian,[9] Paulus[10] und Ulpian[11] in ihren Aussprüchen sich selbst widersprechen? Der Annahme von Elvers,[12] daß einige Juristen, so Javolen, Julian und Ulpian, die Möglichkeit des Servitutenbesitzes anerkannt hätten, während andere, so Paulus, diese leugneten, ist schon aus dem Grunde nicht beizustimmen, weil nicht etwa zwei scharf getrennte Gruppen von Rechtslehrern vorhanden sind, von denen die einen sich für, die anderen sich gegen die possessio servitutium aussprechen, sondern vielmehr die Autoren der einzelnen Quellenstellen, wie oben gezeigt, sich selbst widersprechen.

Aus den angeführten Stellen geht hervor, daß dem Ausdruck „quasipossessio" bei Servituten Bedenken von keinem der Autoren entgegengesetzt werden, sondern nur die Ausdrücke „possessio" und „possidere" es sind, die von einigen verworfen werden. In der Erklärung dieser Erscheinung möchte ich Bossert[13] folgen. Der Ausdruck „possessio" war den römischen Juristen nur vom Sachbesitze her bekannt, er war bei ihnen verschmolzen mit

8) l 3 pr. D. 41, 2. Paulus: possideri autem possunt corporalia. l. 4 § 26 D. 41, 3 si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possidere intellegitur ius incorporale . . . . . l. 1 § 8 D. 43, 3 vergl. S. 16 Anm. 3. l. 32 § 1 D. 8,2 Julianus: natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint sed intellegantur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

9) l. 3 D. 7, 6 und l. 32 § 1 D. 8, 2.

10) l. 7 D. 43, 19 und l. 3 pr. D. 41, 2.

11) Einerseits l. 1 § 8 D. 43, 3, andererseits l. 4 D. 43, 17 und die Seite 17 u. 18 o. zitierten.

12) Elvers, Servitutenlehre S. 672, 842.

13) Bossert, a. a. O. S. 6 ff.

dem Begriffe der körperlichen Innehabung, mit dem Verhältnis zu einem greifbaren Gegenstande, auf den der Detentor jeden Augenblick seine körperliche Gewalt auszuüben in der Lage war. Nun sträubten sie sich dagegen, diesen Begriff auf ein Recht, auf ein körperloses Etwas, das man nicht greifen, nein nur begreifen konnte, anzuwenden. So ist auch der Umstand zu erklären, daß dem Ausdrucke „quasipossessio" kein Widerstreben entgegengebracht wurde: das quasi, das im römischen Recht so häufig die Anwendung eines Rechtsbegriffes auf einen andern, der ihm eigentlich nicht untersteht, bedeutet, kam gerade ihrem inneren Gefühl zu Hülfe, daß der Servitutenbesitz nur eine Abstraktion, keine richtige possessio sei.

Seitdem jedoch die gewichtige Stimme Ulpians, wenn auch nicht ohne Schwanken, sich für die Zulässigkeit der possessio an Servituten ausgesprochen hatte, trugen die folgenden Juristen kein Bedenken mehr, diesen Ausdruck anzuwenden. Wenn man die weitere Entwickelung verfolgt, so läßt sich sogar, besonders durch das kanonische Recht begünstigt, eine weitere Ausdehnung des Begriffs der possessio auf alle Rechte, ja sogar auf das Eherecht, erkennen. In den modernen Partikularrechten und ebenso im modernen gemeinen Recht suchte man die Ausdehnung des Rechtsbesitzes wieder einzuschränken.[14] Wie sich die Entwickelung im BGB. gestaltet hat, ist unten bei der Behandlung der Frage zu erörtern, ob nach dem BGB. der Begriff eines Servitutenbesitzes anzuerkennen, also überhaupt eine Stellvertretung bei ihm möglich sei.[15]

14) Dernburg, a. a. O. S. 449; Endemann, Bürgerliches Recht II S. 112.

15) S. u. §§ 31 — 33.

§ 2.

Da, wie wir später sehen werden, der Servitutenbesitz nach dem BGB., soweit ein solcher überhaupt anzuerkennen ist, auf ganz anderen Prinzipien beruht, wie der des gemeinen Rechts, so wird es sich, was die Anordnung des Stoffes anbetrifft, empfehlen, zuerst die Stellvertretung beim Servitutenbesitz des gemeinen Rechts zu erörtern, weil die Darstellung leicht ihre Einheitlichkeit verlöre, wenn fortwährend auf die Unterschiede zum neuen bürgerlichen Recht hingewiesen werden müßte. Bei der Darstellung des gemeinen Rechts ist zuerst die Frage zu behandeln, ob überhaupt eine Stellvertretung beim Servitutenbesitz zulässig ist, und dann erst die, wie sich die Stellvertretung beim Servitutenbesitz in den einzelnen Stadien desselben, seinem Erwerb, seiner Fortsetzung und seinem Verlust, gestaltet, und welche Prinzipien dafür maßgebend sind.

Stellvertretung im Besitz im weitesten Sinne heißt: Mitwirken eines Dritten beim Erwerb, der Fortsetzung und dem Verlust des Besitzes. Diese Mitwirkung kann sich, wie dies Jhering besonders scharf hervorgehoben hat, in dreifacher Weise vollziehen:[16]

1. als faktische Mitwirkung beim Rechtsvorgang,

2. als Handeln statt eines Anderen, aber nicht auf dessen Namen; und

3. als Handeln anstatt und im Namen eines Andern.

Bei der faktischen Mitwirkung beim Rechtsvorgang hat die mitwirkende Person die Rolle eines Werkzeugs,

16) Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jhering's Jahrb. I S. 273, 274 o.; Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb S. 10 ff.

sie dient nur als Gehülfe wie z. B. ein Bote oder der Überbringer eines Briefes, welcher nur den Willen der einen Partei der anderen übermittelt. Dieser Fall kann als wirkliche Stellvertretung überhaupt nicht in Betracht kommen, da hier nur der fremde Wille vollzogen wird und ein eigener Vertretungswille überhaupt nicht in Betracht kommt.

Die zweite Möglichkeit, von Jhering als Handeln als „Ersatzmann", von anderen als mittelbare oder indirekte Stellvertretung bezeichnet, charakterisiert sich folgendermaßen: der Vertreter handelt zwar anstatt eines Andern, d. h. er will für einen Dritten durch sein Handeln Rechtswirkungen eintreten lassen, aber er handelt im eigenen Namen. Daher treten die gewollten Rechtswirkungen ursprünglich nur für ihn selbst ein, und es ist eine erneute Handlung seinerseits nötig, um diese Wirkungen auch in der Person desjenigen, für den sie definitiv eintreten sollen, entstehen zu lassen. Der Fall der mittelbaren Stellvertretung wird beim Servitutenbesitz sich nur bei Prädialservituten in der Weise als möglich erweisen, daß jemand zusammen mit dem Besitze eines Grundstücks den Besitz einer mit diesem verknüpften Servitut durch eine Ausübungshandlung im Interesse eines andern aber in eigenem Namen erwirbt und dann diesen Besitz zusammen mit dem des Grundstücks auf den Anderen, als dessen „Ersatzmann" er zuerst den Besitz in eigenem Namen erworben hat, überträgt. Es erscheint nicht nötig, auf diese Art der Stellvertretung beim Servitutenbesitz näher einzugehen, da hier ja nicht eine eigentliche Stellvertretung im Besitzerwerbe vorliegt, sondern zwischen dem ursprünglichen Besitzer A und dem

endgültigen Besitzer B, der indirekte Stellvertreter C aus irgendwelchen Gründen als Zwischenbesitzer eingeschaltet wird, sodaß also zwischen dem Besitz des A und dem des B als Zwischenstation der des C liegt. Nur dem Schlußeffekt nach besteht hier eine Stellvertretung: die einzelnen Phasen des rechtlichen Vorgangs sind durchaus nach den Regeln über den einfachen Besitzerwerb durch eine Person zu beurteilen. Daher liegt im Rahmen unseres Themas keine Veranlassung vor, auf die einzelnen Vorgänge beim Handeln als Ersatzmann näher einzugehen.

Die dritte Möglichkeit schließlich, die Stellvertretung κατ' ἐξοχήν, die direkte oder unmittelbare Stellvertretung, läßt die Wirkungen für den Vertretenen sofort mit dem Handeln des Stellvertreters entstehen, ohne daß erst sozusagen eine Zwischenstation in der Person des Vertreters nötig wäre. Auf die verschiedenen Theorien über die Natur der unmittelbaren Stellvertretung — die hier dargestellte Repräsentationstheorie, die von Windscheid,[17] Jhering und Anderen vertreten wird, und die Geschäftsherrntheorie, vertreten von Savigny[18] und Dernburg,[19] bei der der Geschäftsherr selbst als Kontrahent angesehen wird unter gleichzeitiger Mitwirkung des Vertreters — näher einzugehen, würde zu weit in die allgemeine Lehre von der Stellvertretung hineinführen, sodaß der Rahmen unserer speziellen Aufgabe überschritten würde. Unter „Stellvertretung" wird im folgenden immer die unmittelbare Stellvertretung verstanden werden.

---

17) Windscheid, Pandekten I S. 302.
18) Savigny, Syst. d. heut. röm. Rechts Bd. III S. 98.
19) Dernburg, a. a. O. I S. 278.

§ 3.

Für die Untersuchung der Frage, ob Stellvertretung beim Servitutenbesitz zulässig sei, sind zwei Beweismittel heranzuziehen:

1. die Analogie mit dem Sachbesitz und
2. Quellenstellen, die speziell die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Servitutenbesitz aussprechen.

Bevor man die Analogie mit dem Sachbesitz als Beweismittel für die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Servitutenbesitz anführt, scheint es notwendig, kurz auszuführen, ob denn überhaupt die analoge Anwendung der beim Sachbesitz entwickelten Prinzipien auf den Servitutenbesitz erlaubt erscheint. Dies ist entschieden zu bejahen. Wie schon aus der oben dargestellten Entwickelung der allmählichen Anerkennung eines Besitzes an Servituten hervorgeht, ist der Begriff des Servitutenbesitzes erst erwachsen und konstruiert worden um des Umstandes willen, daß einzelnen Servituten Besitzschutz verliehen wurde.[20] Darum kann sich in den Quellen keine eingehende Darstellung des Servitutenbesitzes finden, die einzelnen Prinzipien der Lehre vom Servitutenbesitz sind vielmehr zusammenzusuchen aus den Digestentiteln, in denen die zum Schutz der Servituten aufgestellten Interdikte behandelt werden, sowie aus den Titeln, die über Servituten im allgemeinen handeln, also z. B. aus D. 8,3, 8,2, 43,19, 43,20 ꝛc. Wie nun die Aufstellung des Begriffs des Servitutenbesitzes überhaupt nur möglich war durch entsprechende Anwendung des Begriffs der possessio, der ursprünglich allein für den Sachbesitz galt, wie dementsprechend die Ausdrücke traditio und detentio

20) Böhm, a. a. O. S. 29.

auch beim Servitutenbesitz, natürlich in einer dem Charakter dieses Instituts entsprechenden Umformung, anzuwenden sind, so ist es ebenso nicht nur zulässig, sondern sogar notwendig, die Lehren des Sachbesitzes entsprechend auf den Servitutenbesitz anzuwenden, wo sich bei diesem infolge des Mangels einer selbständigen quellenmäßigen Darstellung Lücken finden.

§ 4.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Stellvertretung beim Sachbesitz ist eine der in der Neuzeit am meisten erörterten Streitfragen des gemeinen Rechts. Im allgemeinen sind zwei Ansichten zu unterscheiden. Die eine Meinung, vertreten von Schloßmann[21] und ihm ähnlich Regelsberger,[22] leugnet auf Grund des Satzes: per liberam personam acquiri non potest, daß ein Besitzerwerb durch freie Personen als Stellvertreter anzuerkennen sei, eine Ausnahme bestehe nur für tutores, curatores und procuratores (in dem von Schloßmann nachgewiesenen, gleich noch näher zu besprechenden Sinne), die andere Ansicht hält dies für die spätere Kaiserzeit für zulässig. Als beweisend dafür, daß Besitzerwerb durch Stellvertreter möglich sei, können folgende Quellenstellen angeführt werden:

l. 53 D. 41,1 Ea quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est

21) Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 79 ff

22) Regelsberger, Über den Besitzerwerb durch Mittelspersonen in Ihering's Jahrbüchern Bd. 44 S. 396.

possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.

l. 20 § 2 D. 41,1 Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

l. 49 § 2 D. 41,2 Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur.

l. 1 § 20 D. 41,2 Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur.

l. 41 D. 41,3 Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihilo magis eam in potestatem meam redisse . . . .

l. 13 D. 39,5 Aus dem Inhalt der Stelle geht hervor, daß eine Stellvertretung durch einen Prokurator möglich sei.

l. 42 § 1 D. 41,2 Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem.

l. 13 D. 41,1. Sie procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi id est proprietas acquiritur etiam ignoranti.

§ 5 J 2,9 Ex his itaque apparet per liberos homines, quos neque iuri vestro subiectos habetis neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habetis neque iustam possessionem nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam

veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem.

l. 1 C. 7,32 Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quem iuris pridem receptum est (Severus und Antoninus).

l. 8 C. 7,32 Per procuratorem utilitatis causa possessionem . . . . quaeri placuit. Gestützt auf diese Quellenstellen führt[23] Schloßmann im Gegensatz zu der früheren Ansicht, daß procurator einfach die Bedeutung von „Stellvertreter" habe, den Beweis, daß procurator ein den Römern eigentümliches Wirtschaftsorgan gewesen sei: eine Art von Sachwalter, gewöhnlich ein Freigelassener, der zu dem Vertretenen in einem besonderen Vertrauensverhältnisse stand und regelmäßig dessen Geschäfte besorgte. Er gelangt jedoch aus obigen Quellenstellen weiter zu dem Schlusse, daß direkter Besitzerwerb durch einen Stellvertreter außer durch tutores und curatores nur durch procuratores möglich gewesen sei. Dieser Ansicht nach scheinen mir jedoch besonders wegen l. 1 C 7,32[24] und l. 53 D. 41,1[25] schwere Bedenken entgegenzustehen, da doch in diesen Stellen des procurator überhaupt nicht gedacht wird, sondern schlechtweg von Stellvertretung durch eine libera persona beziehungsweise irgend eine beliebige Person gesprochen wird. Daß § 5 J. 2,9,[26] die auf

23) Schloßmann a. a. O. S. 89 ff.
24) S. o.
25) Vergl. o. S. 25.
26) Vergl. o. S. 26.

l 1 C 7,32 Bezug nimmt, veluti per procuratorem hinzufügt, bedeutet meines Erachtens nicht eine Beschränkung auf procuratores, sondern nur die Beifügung des Beispiels, das im täglichen Leben am meisten vorkam. Die zum Beweise der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung von Schloßmann angeführten Stellen sind folgende:

l. 59 D. 41,1 Res ex mandato meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit. Aber ist denn hier überhaupt von der Möglichkeit unmittelbarer Stellvertetung die Rede? A hat von B den Auftrag bekommen, eine Sache zu kaufen; er kauft sie und sie geht in seinen Besitz über. Damit B das Eigentum daran erlange, ist nötig, daß A sie dem B tradiert. Es liegt also ein Fall nur mittelbarer Stellvertretung vor, deren Zulässigkeit natürlich nicht zu bestreiten ist; die Frage nach der Möglichkeit unmittelbarer Stellvertretung wird aber hier überhaupt nicht berührt. Ähnlich liegen die Verhältnisse augenscheinlich in den weiter angeführten Stellen:

l. 135 § 2 D. 45,1 Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturum.

l. 13 § 2 D. 41,3 Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex eo causa traditum tibt diutina possessione capis.

l. 7 § 2 D. 41,4. Servus meus Titio mandarit, ut fundum ei emeret, eique manumisso Titius possessionem tradidit, quaesitum est, an longa possessione caperet: respondit . . . . capere.

l. 3 § 1 D 20,4. Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit.

l. 8 § 10 D. 17,1 Proinde si tibi maudari, ut hominem emeres tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas, sed etsi restituas, et tradere debes.

l. 3 § 7 D. 43,19 Si quis ex mandatu meo fundum emerit, aequissimum est mihi hoc interdictum dari „ut ille usus est, qui mandatu meo emit".

l. 2 C 7,10 Felicissima, quam mandante servos emisse dicis, si dominium servi, quem manumisit, nondum ad te transtulerat, frustra petis, ut denegata libertate eius quem manumissum dicis possessio tibi tradatur.

Es fällt hier vor allem auf, daß stets ein Mandat vorliegt, eine Sache zu kaufen ꝛc. Geht aber aus diesen Stellen hervor, daß, wo ein Mandat zum Besitzerwerb vorliegt, unmittelbare Stellvertretung unmöglich sei? Dies ist entschieden zu verneinen; höchstens kann man aus diesen Stellen die Regel ableiten, daß in Rom bei Geschäften, auf Grund deren der Stellvertreter für seinen Auftraggeber eine Sache erwerben sollte, eine nur mittelbare Stellvertretung die Regel war, wenn der Stellvertreter das Geschäft selbst abschloß und sich tradieren ließ.[27] Was die weiter angeführten Stellen anbetrifft, so kann l. 2 C. 4,50[28] schon aus dem Grunde nichts

27) Dernburg, a. a. O. S. 425.

28) l. 2 C. 4, 50 Si emancipatis vobis fundos, quos nomine vestro, cum in potestate ageretis, pater emerat, tradidit vel in potestate eorum voluntate patris fuistis, dominium aquisistis.

beweisen, weil die Söhne zur Zeit des Kaufes noch Gewaltuntergebene des Vaters waren. Ebenso geht aus l. 74 D. 17, 2[29] durchaus nicht hervor, daß bei einem Gesellschaftsverhältnis unmittelbarer Besitzerwerb durch einen Gesellschafter für die Gesellschaft unbedingt ausgeschlossen sei; es wird in der betreffenden Stelle nur gesagt, daß ein Gesellschafter nicht alles, was er erwirbt, für die Gesellschaft erwirbt, sondern daß als Regel anzunehmen ist, er habe es für sich selbst erwerben wollen.[30] Es würde uns zu weit aus dem Rahmen unserer Aufgabe führen, wenn wir alle ferneren von Schloßmann angeführten Stellen prüfen wollten. Es ist besonders für die Widerlegung von l. 34, § 7 D. 46, 3 auf die Ausführungen von Mitteis[31] zu verweisen.

Ich möchte mich, was die Entwickelung der Stellvertretungsfrage beim Besitz anbetrifft, der Ansicht Dernburg's[32] anschließen, daß dabei eine stufenweise Entwickelung anzunehmen sei. Es ist als feststehend zu betrachten, daß vor der klassischen Kaiserzeit Besitzerwerb durch Gewaltfreie als Stellvertreter nicht zugelassen war, sondern nur durch Sklaven und andere Gewaltuntergebene erworben werden konnte. Es ergibt sich dies mit Notwendigkeit aus folgenden, von Schloßmann[33] angeführten Quellenstellen: Gai inst. II 95.[34] Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro

29) l. 74 D. 17, 2 Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune.

30) Mitteis, Lehre von der Stellvertretung S. 56 ff.

31) Mitteis, a. a. O. S. 56. ff.

32) Dernburg, a. a. O. S. 423 u. 424.

33) Schloßmann, a. a. O. S. 49 ff.

34) Vgl. § 5 J 2, 9. S. 26.

subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse: und Pauli rec. sent. V 2, § 2. Per liberas personas, quae in potestate non sunt, adquiri nobis nihil potest.

Zunächst wurde Besitzerwerb durch Gewaltfreie als Stellvertreter durch procuratores omnium bonorum im Schloßmann'schen Sinne möglich. Später jedoch wurde durch eine constitutio der Kaiser Severus und Caracalla[35] die Möglichkeit der Stellvertretung beim Besitzerwerbe auf freie Personen überhaupt ausgedehnt. Die von Diokletian im Jahre 294 p. Chr. n. erlassene constitutio l. 8, C. 7, 32[36] steht dieser Entscheidung meines Erachtens nicht entgegen. Abgesehen davon, daß man den besonderen Fall nicht kennt, auf Grund dessen diese Konstitution erging, braucht in der Stelle durchaus nicht der Sinn zu liegen, daß Besitzerwerb durch andere Stellvertreter als procuratores ausgeschlossen sei.

§ 5.

Daß beim Servitutenbesitz nicht etwa eine andere Regel gegolten habe, sondern daß man die Analogie mit der Stellvertretung beim Sachbesitz unbedenklich heranziehen kann, dafür sprechen mehrere Quellenstellen. In

35) Vgl. o. S. 27.
36) S. o. S. 27.

l. 1, § 8 D. 43, 19[37] will Ulpian sagen: Jemand übt in der Meinung, er sei der Eigentümer eines Grundstücks, also auch der Berechtigte bei einem mit demselben verbundenen Wegerecht, dieses Recht aus. Dadurch erwirbt er für sich den Besitz der Servitut und genießt dementsprechend den Interdikten-Schutz. Es drängt sich hier geradezu auf, das argumentum e contrario zu ziehen und der Stelle hinzuzufügen: Si meo autem nomine iter fecerit amicus, mihi interdictum acquisiisse intellegitur: Übt er aber die Servitut in meinem d. h. in fremdem Namen aus, so fungiert er als Stellvertreter in der Ausübung der Servitut, also, wie wir unten sehen werden, im corpus des Servitutenbesitzes; ich aber habe den Besitz und werde als Besitzer der Servitut geschützt.

Diesen aus l. 1, § 8 D. 43, 19 durch argumentum e contrario herausgezogenen Sinn spricht l. 3, § 4 D. 43, 19 direkt aus:

Uti videmur servitutibus etiam per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes: Fast alle Personen, welche uns das Servitutrecht erhalten, üben für uns den das corpus des Servitutenbesitzes bildenden Inhalt der Servitut aus, sind also unsere Stellvertreter im Besitze der Servitut.

Die letzte der anzuführenden Quellenstellen ist l. 1, § 11 D. 43, 19.[38] Ulpian führt in dieser Stelle zur

37) Si quis autem, cum putaret fundum ad se pertinere, suo nomine iter fecerit amicus meus, utique sibi non mihi interdictum acquisiisse intellegitur.

38) l. 1 § 11 D. 43, 19, Quoties cum colonus meus aut is, cui precario fundum dedi, via utitur, ego ire intelligor. Propter quod et recte dico me itinere usum.

Entscheidung eines Rechtsfalls die Entscheidung eines ähnlichen Falles durch Julian an:

Jemand hat ein Grundstück precario vom Eigentümer erhalten, und ebenso ist ihm vom Eigentümer des Nachbargrundstückes precario eine mit dem ersteren Grundstück verbundene Wegegerechtigkeit gewährt worden. Hier wird der Interdiktenschutz, also auch der juristische Besitz der Servitut, nur dem Eigentümer des Grundstücks zugesprochen, da sein Servitutenbesitz, trotzdem er von dem Prekaristen wie ein prekaristischer ausgeübt wird, wahrer juristischer Besitz bleibt, da es auf den Willen des Prekaristen garnicht ankommt, sondern dieser ebenso wie z. B. der colonus nur Stellvertreter in der Ausübung des corpus des Servitutenbesitzes ist. Deutlicher als durch die Worte; quoties colonus etc. . . . via utitur, ego ire intelligor kann die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Servitutenbesitz wohl kaum ausgedrückt werden.

§ 6.

Nachdem so nachgewiesen ist, daß Stellvertretung beim Servitutenbesitz im allgemeinen zulässig ist, soll jetzt erörtert werden, wie sich diese Stellvertretung im speziellen gestaltet. Bei jeder Darstellung eines Rechtsinstituts, das sich über eine bestimmte Spanne Zeit erstreckt, das einen Anfangs- und einen Endpunkt hat, ergibt sich durch die Art des Stoffes eine naturgemäße Gliederung, indem zuerst die Frage nach der Art der Entstehung zu beantworten ist und darauf die Voraussetzungen des weiteren Fortbestehens und des schließlichen

Unterganges dieses Rechtsverhältnisses erörtert werden. Es ist kein Grund vorhanden, von dieser Anordnung des Stoffes beim Servitutenbesitz abzugehen: Wir werden also zuerst die Frage zu behandeln haben, wie sich eine etwaige Stellvertretung beim Erwerbe des Servitutenbesitzes gestaltet.

Der Begriff des Besitzes setzt sich nach römischen Recht aus zwei Momenten zusammen: einem physischen Moment d. i. der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache oder, in die Sphäre des Servitutenbesitzes übertragen, der tatsächlichen Ausübung des Rechts: dem sogenannten corpus des Besitzes, und einem psychischen Moment, nämlich dem Willen, diese Ausübung für sich vorzunehmen: dem sogenannten animus possidendi. Diese Zweiteilung tritt auch beim Besitzerwerbe ein, wie aus l. 3, § 12 D. 41, 2 und Pauli rec. sent. V. 2 § 1 [39] erhellt und ist also auch beim Besitzerwerb durch Stellvertreter, wie schon aus den eben zitierten Stellen hervorgeht, zu beachten. Da in diesen Quellenaussprüchen die Stellvertretung beim Besitzerwerb corpore als die Regel anerkannt wird, wird es sich empfehlen, diese zuerst zu behandeln.

Zum Erwerb des Besitzes einer Servitut corpore durch einen Stellvertreter sind in Analogie mit dem Sachbesitze drei Akte für erforderlich zu halten: [40] 1. die Ausübung des corpus durch den Stellvertreter als rein körperliches Element. Dies genügt jedoch noch nicht, sondern es kommen, damit dieses körperliche Moment in

39) l. 3. § 12. D. 41, 2. Animo nostro, corpore etiam alieno possidemus Pauli rec sent. V. 2 § 1, Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.

40) Windscheid, a. a. O. S. 672.

Verbindung gebracht wird mit dem zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter obwaltenden Rechtsverhältnisse, noch hinzu:

2. der Wille des Vertreters, den Besitz des Rechts für den Vertretenen zu haben, und mit diesem stets genau korrespondierend —

3. der Wille des Vertretenen, durch den Vertreter den Besitz des Servitutenrechts zu haben.

Die Notwendigkeit, daß bei der Stellvertretung corpore auch dieser Wille des Vertretenen vorhanden ist, durch den Vertreter den Besitz des Servitutenrechts zu haben, ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Bei der Stellvertretung corpore ist das ad 2 angedeutete Willensmoment des Vertreters nur als Vertretungswille aufzufassen, es entspricht nicht dem zur Erlangung des Besitzes in den Quellen geforderten animus possessionis, da ja dann überhaupt nicht eine Stellvertretung bloß corpore, von der hier die Rede ist, sondern eine solche animo et corpore vorliegen würde. Wie nun aus l. 3, § 1 D. 41, 2[41] hervorgeht und schon oben ausgeführt ist, ist für den Besitzerwerb stets ein Zusammentreffen von animus und corpus possessionis notwendig. Da dieser animus possessionis nun aber bei der Stellvertretung corpore beim Vertreter nicht vorhanden ist, so muß er, damit die Voraussetzungen des Besitzerwerbes vorliegen, in der Person des Vertretenen vorhanden sein.

Bei der Betrachtung des ersten der zum Besitzerwerbe nötigen Erfordernisse stellt sich einem die Frage entgegen: Wie ist denn das corpus des Servitutenbesitzes, das

41) l. 3 § 1 D. 41, 2. Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore aut per se animo.

durch den Vertreter ausgeübt werden soll, beschaffen, was ist also demgemäß unter Ausübung des corpus zu verstehen?

Die Ansichten über die Frage, wann das corpus beim Servitutenbesitz als vorhanden anzunehmen sei, spalten sich in zwei Lager, das der Anhänger der „Möglichkeitstheorie" und das der Anhänger der „tatsächlichen Ausübungstheorie": die einen erklären zur Herstellung des corpus die Möglichkeit der Ausübung des Servituteninhalts für genügend, die andern fordern das Vorhandensein eines Verhältnisses, das auf Dritte den Eindruck einer fortgesetzten Ausübung des Servituteninhalts macht. Die Vertreter der Möglichkeitstheorie scheiden sich in zwei Gruppen. Die eine Gruppe wird vertreten durch Windscheid[42] und Bruns.[43] Windscheid unterscheidet, ob der Inhalt des Servitutrechts auf einen bleibenden Zustand gerichtet ist oder nur auf vorübergehende sich wiederholende Einwirkungen. Ist das erstere der Fall, wie z. B. bei den zum Haben einer Anstalt auf einem fremden Grundstück berechtigenden Servituten, so fordert er nur, daß die Sache sich wirklich in dem betreffenden, den Inhalt des Servitutrechts ausmachenden Zustande befinde. Er stützt sich für diesen Fall auf l. 20 pr. D. 8, 2.[44] Besteht dagegen der Inhalt der Servitut in vorübergehenden, sich wiederholenden

42) Windscheid, a. a. O. S. 741.

43) Bruns, Recht des Besitzes S. 475, 476.

44) l. 20 pr. D. 8, 2. Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas lignum immissum habuero, hoc ut immisum habeam, per causam ligni possideo habendi consuetudinem.

Einwirkungen auf das fremde Grundstück, wie dies z. B. bei einer Wegegerechtigkeit der Fall ist, so genüge zum Vorhandensein des äußeren Verhältnisses die bloße Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache. Windscheid[45] begründet diese seine Sache vor allem durch Heranziehung der Analogie mit dem Sachbesitz. „So wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Einwirkung auf die Sache erforderlich ist," sagt er, „sowenig kann sie für den Erwerb des Rechtsbesitzes erforderlich sein." Dieser Grund kann sich jedoch nicht als stichhaltig erweisen, wenn es uns gelingt, aus den Quellen nachzuweisen, daß beim Servitutenbesitz die bloße Möglichkeit der Ausübung nicht ausreiche, sondern mehr erforderlich sei. Als zweiten Grund für seine Theorie führt Windscheid eine Quellenstelle an, die von der Übertragung des Nießbrauchs handelt. l. 3 pr. D. 7, 1 (usus fructus) dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui Die Übertragung des Besitzes am Nießbrauch geschehe also durch die Eröffnung der Möglichkeit des uti frui; wenn man hieraus auf den Besitzerwerb bei Servituten im allgemeinen schließe, so erhelle, daß der Besitz schon erworben sei durch die Möglichkeit der Ausübung. Über diese Stelle wird noch unten zu sprechen sein.[46] Die Schwäche seiner Theorie erkennt Windscheid selbst, wenn er zugibt, daß, solange die Handlung, zu der die Möglichkeit besteht, nicht geschehen ist, man nie weiß, ob wirklich Besitz vorhanden sei oder nicht: denn, wird die Handlung nie vorgenommen, kann auch kein Besitz vorhanden gewesen sein.

45) Windscheid, a. a. O. S. 741 Anm. 5.
46) Vergl. u. S. 43.

Die zweite Gruppe unter den Anhängern der Möglichkeitstheorie fordert zwar für den Erwerb des Besitzes eine einmalige Ausübung des Servituteninhalts, für das weitere Fortbestehen des corpus dagegen erklärt sie die Möglichkeit der Ausübung für genügend. Diese Ansicht vertreten unter andern Savigni,[47] Glück,[48] Muther,[49] Ebers,[50] Randa[51] und Puchta.[52] [53] Diese Theorie gründet sich vor allem auf die allerdings verschieden erklärte Quellenstelle l. 20 D. 8, 1.[54] Ihr Sinn ist folgender: Labeo hat die Ansicht aufgestellt, daß bei Bestellung einer Servitut gegen Entgelt nicht wie beim Kauf einer beweglichen Sache zu erkennen sei, ob eine Tradition zum Zwecke der Übereignung des Rechts schon stattgefunden habe, weil eine traditio bei einem Recht nicht möglich sei. Deshalb könne der Käufer Sicherheitsleistung dafür verlangen, daß ihm die Inbesitznahme des Rechts, das uti, gestattet würde. Javolenus tritt dieser Ansicht entgegen: Sicherheitsleistung sei nicht nötig, da an die Stelle der traditio bei dem Besitzerwerbe eines Rechts eine quasitraditio trete, die in der erstatteten Ausübung des Rechts bestehe. Die

47) Savigny, Besitz S. 502 ff.
48) Glück, Erläuterungen II S. 593
49) Muther, Servitutenersitzung S. 63.
50) Elvers, a. a. O. S. 676 ff.
51) Randa, Besitz S. 642, 580.
52) Puchta, Pandekten S. 201.
53) Nicht dagegen auch Sintenis (Zivilrecht I S. 600), wie Bossert meint (a. a. O. S. 18). Sintenis erklärt ausdrücklich, „in der Ausübung liege bei den Servituten die den Besitz vertretende Tatsache, die Besitzergreifung bestehe in dem ersten Akt der Ausübung.
54) l. 20 D. 8, 1. Quotiens via aut aliquod ius fundi emeretur: cavendum esse putat Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti posset: quia nulla eiusmodi vacua traditio esset. Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse.

Richtigkeit dieser Auslegung bestreitet jedoch Unterholzner[55] mit der Behauptung, Javolenus spräche hier überhaupt nicht vom Besitzerwerb. Dem ist wohl schwerlich beizustimmen, denn warum sagt denn Javolenus ausdrücklich: Usum pro traditione possessionis accipiendum esse, wenn er überhaupt nicht vom Besitz sprechen wollte.? Es erscheint mir durchaus klar, daß der römische Jurist in dem Schlußsatze sagen will, die Ausübung des Rechts ersetze die traditio des Besitzes: der Besitz wird also erworben durch Ausübung des Rechts. Im übrigen erklärt Unterholzner, ähnlich wie Elvers,[56] die Ausübung der Servitut zum Besitzerwerbe nicht für nötig in dem Falle, daß die Servitut in der Gegenwart der res servieus bestellt würde, weil die Ausübung völlig nutzlos sei, da in diesem Falle kein Zweifel über das Wesen der betreffenden Servitut herrschen könnte. Mit Recht führt Muther[57] gegen diese Anschauung an, daß durch die Bestellung der Servitut der Quasibesitz noch nicht entstehe, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung des Bestellers, die Ausübung der Servitut zu gestatten, daß dagegen zum Erwerbe des Besitzes an derselben eine tatsächliche Ausübung des Rechts nötig sei. Sonst jedoch ist Muther ebenfalls der Anschauung, daß zur Fortdauer des Servitutenbesitzes Möglichkeit der Ausübung genüge. Ebenso ist, wie schon erwähnt, Randa[58] dieser Anschauung, jedoch mit der Modifikation, daß bei den mit der Detention der Sache verbundenen Personalservituten

55) Unterholzner: Verjährungslehre II S. 166.
56) Elvers, a. a. O. S. 676, 677.
57) Muther, a. a. O. S. 43 Anm. 41.
58) Randa, a. a. O. S. 580 Anm. 1.

Möglichkeit der Ausübung auf Grund von l. 3 pr. D. 7, 1[59] zum Besitzerwerbe genüge.

In völligen Gegensatz zu den hier geschilderten Möglichkeitstheorien tritt Bossert,[60] dessen Ansicht auch ich mich anschließen möchte. Nach Bossert ist das äußere Element des Servitutenbesitzes zu suchen „in dem auf der Ausübung des Servituteninhalts beruhenden, in dem durch die Ausübung begründeten und auf sie fortwährend sich stützenden Verhältnisse." Um das Wesen des corpus beim Servitutenbesitz zu ergründen, geht Bossert davon aus, daß überall in den Quellen als der wesentliche Inhalt des Servitutenbesitzes das uti, die Ausübung, genannt wird, mag nun der Ausdruck uti selbst gebraucht sein oder ein Verbum, das den Spezialinhalt einer Servitut ausdrückt, wie z. B. das ire bei der Servitut des iter, das, wenn man sich so ausdrücken darf, vom Speziellen ins Allgemeine übersetzt, auch nichts anderes bedeutet als das uti der Servitut. Wenn man auch nicht behaupten kann, daß usus und possessio als völlig identisch neben einander gestellt werden,[61] so geht doch aus zahlreichen Quellenstellen klar hervor, daß als Hauptinhalt des Servitutenbesitzes das uti gilt.

l. 20, D. 8, 1[62]. l. 20 pr. D. 8, 2. In tuo aliquid utor et sic quasi facto quodam possideo. l. 10 pr. D. 8, 5. Si quis ab auctore meo vi aut clam aut precario usus est, recte a me via uti prohibetur . . . .,

59) Vergl. S. 37.

60) Bossert, a. a. O. S. 17—22.

61) Hiergegen spricht besonders das et in l. 10 pr, D. 8, 5 (s. auf dies. S. u.).

62) l. 20 D. 8, 1 vergl. S. 38 Anm 54.

quia a me videtur vi vel clam vel precario possidere, qui ab auctore meo vitiose possidet.

l. 5, § 3 D. 43, 19. Si quis habeat velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute.

l. 2, § 3 D. 43, 25 . . . . possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hoc solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Völlig zweifellos scheint mir schließlich l. 14, D. 8, 1[63] darzutun, daß der Besitz der Servitut in deren Ausübung besteht.[64] Wie schon oben gesagt, besteht das uti der Servitut des iter eben in ire; es soll also in dieser Stelle gesagt werden: durch nur vorübergehende Unterbrechungen in dem Ausübungsverhältnisse wird der Besitz der Servitut, der auf diesem uti beruht, nicht unterbrochen, da es in der Natur der Dinge liegt, daß eine solche Servitut nicht ununterbrochen in jedem Augenblick ausgeübt werden kann. Dieser Satz ist zugleich ein Mittel, um das corpus des Servitutenbesitzes näher zu charakterisieren. Damit der Besitz der Servitut vorhanden sei, ist durchaus nicht nötig, daß eine beständige Ausübung des Servituteninhalts stattfindet: so lange bei einem Dritten der Eindruck eines noch bestehenden tatsächlichen Verhältnisses, wie es sich bei einer dem Servituteninhalt entsprechenden Ausübung zu gestalten pflegt, hervorgerufen wird, solange besteht der Servitutenbesitz.

---

63) l. 14 D. 8, 1. Nemo tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur.

64) Bossert, a. a. O. S. 21; Böhm, a. a. O. S 24.

Durch diese Ausführungen ist erwiesen, daß für das corpus des Servitutenbesitzes sich besondere Lehren aufstellen lassen, die denen beim Sachbesitz nicht entsprechen. Man wird also auch die Lehren des Sachbesitzes über das corpus im allgemeinen nicht als Beweismittel für die Gestaltung des corpus beim Servitutenbesitz anwenden dürfen.[65]

Gegen unsere Theorie können nur zwei Quellenstellen ins Feld geführt werden. Besonders Bruns[66] macht darauf aufmerksam, daß in l. 20, D. 8, 1 gesagt sei: usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, nicht aber: usum pro possessione accipiendum esse; es gehe also aus der Quellenstelle nur hervor, daß nur die quasitraditio des Besitzes im usus, in der verstatteten Ausführung, bestehe, ein Weiteres sei über den Besitz nicht gesagt. Diese Ausführungen scheinen im ersten Augenblick für die Anhänger der zweiten Gruppe der Möglichkeitstheorie zu sprechen, die nur für den Erwerb des Besitzes eine Ausübung des Servituteninhalts fordern. Sie würden sagen: durch die quasitraditio kann bei Servituten der Besitz erworben werden; sie besteht, wie aus der Quellenstelle hervorgeht, in verstatteter Ausübung des Servituteninhalts; also wird durch Ausübung der Servitut der Besitz derselben erworben. Durch ein argumentum e contrario würden sie dann folgern: also ist für das Fortbestehen des Besitzes usus nicht erforderlich. Ein solcher Schluß aus dem Gegenteil scheint mir jedoch in diesem Falle sehr gewagt und nicht in den Ausführungen des Javolenus zu liegen.

65) Vergl. S. 37 wegen Heranziehung der Analogie mit dem Sachbesitze durch Windscheid.

66) Bruns, a. a. O. S. 475, 476.

Die andere Quellenstelle, die für die Möglichkeitstheorie sprechen könnte, ist die schon erwähnte l. 3. pr. D. 7,1.[67] Hieraus scheint im Sinne der Windscheid'schen Ansicht hervorzugehen, daß zum Erwerb des Servitutenbesitzes die bloße Möglichkeit der Ausübung genüge, denn die Stelle sage deutlich, durch die bloße Einführung in das Grundstück und die Verstattung der Ausübung[68] werde der Servitutenbesitz erworben.[69] Es ist jedoch, wie mir scheint, Bossert[70] gelungen, den Quellenausspruch auf eine Weise zu erklären, die ihn als der „tatsächlichen Ausübungstheorie" nicht widersprechend erscheinen läßt. Durch die Einführung in das Grundstück wird der Usufruktuar in die Detention desselben eingesetzt. Ist denn aber, wie Windscheid zum Beweise für seine Theorie annehmen müßte, durch die Detention nur die Möglichkeit der Ausübung begründet? Liegt nicht vielmehr schon in der Detention selbst eine Ausübungshandlung? Eine Servitut kann die Berechtigung zur Vornahme mehrerer verschiedener Handlungen enthalten. So umfaßt die Servitut des actus nicht nur das ius agendi, sondern es liegt darin, wie aus l. 1 pr, D. 8,3[71] erhellt, gleichzeitig auch das ius

67) Vergl. S. 37.

68) Nicht zu verwechseln mit der „verstatteten Ausübung", die wir als quasitraditio bei Servituten bezeichnet haben.

69) Daher sieht sich Randa als Angehöriger der zweiten Gruppe der Möglichkeitstheorie genötigt, für die Personalservituten von der Regel des Besitzerwerbs durch einmalige Ausübung abzugehen und hier schon die bloße Möglichkeit der Ausübung für hinreichend zu erklären. Vergl. S. 39 u.

70) Bossert, a. a. O. S. 19.

71) l. 1 pr. D. 8, 3. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. via est ius et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet.

eundi; ebenso umfaßt die Servitut der via das ius eundi und agendi. Nur hebt sich bei jeder Servitut ein Hauptinhalt hervor dem sie auch ihre Bezeichnung zu entlehnen pflegt: so zerfällt z. B. der usus in uti und detinere, die habitatio in habitare und detinere. Darum ist aber doch eine Ausübung der Servitut vorhanden, wenn auch nur eine in derselben enthaltene Nebenhandlung vorgenommen ist. In diesem Sinne ist auch beim usus fructus, für den die für ihn charakteristische Ausübungshandlung das uti frui ist, die detentio der Sache als Nebenausübung zu betrachten.[72] Wenn also der Usufruktuar die Detention der Sache hat, so hat er auch schon mit der Ausübung der Servitut begonnen, den Besitz der Servitut also nicht durch die bloße Möglichkeit der Ausübung, sondern durch eine Ausübungshandlung gewonnen.

Zu denselben Resultaten wie Bossert gelangt Jhering.[73] Gemäß seiner Definition des Rechtsbesitzes als Tätsächlichkeit des Rechts wäre der Servitutenbesitz zu definieren als Tatsächlichkeit der Servitut, d. h. als dasjenige Verhältnis, das der Servitutberechtigte normaler Weise zu dem Servituteninhalte einnimmt. Dieses Verhältnis ist nun aber, wie Jhering selbst in längerer Ausführung hervorhebt, die Ausübung des Servituteninhalts; also wird der Servitutenbesitz auch nach Jhering's Anschauung erworben durch tatsächliche

72) Dies spricht ganz ausdrücklich Förster (Pr. Privatr. III S. 55 Anm. 81) aus: „aber das Ergreifen des körperlichen Besitzes, nachdem der Nießbraucher mit der erklärten Absicht in das Grundstück eingeführt worden, daß er es nutznieße; ist selbst schon ein Akt der Ausübung des Nießbrauchrechts".

73) Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 160, 174, 192

Ausübung des Servituteninhalts und auch fortgesetzt nur durch das Fortbestehen dieses tatsächlichen Ausübungsverhältnisses.[74]

§ 7

Wie oben erwähnt, ist die tatsächliche Ausübung dieses jetzt näher charakterisierten corpus des Servitutenbesitzes durch den Stellvertreter das erste Erfordernis für den Besitzerwerb des Vertretenen durch einen solchen. Die praktische Ausübung dieses corpus wird sich jedoch gemäß der verschiedenen Natur der Servituten verschieden gestalten. Ohne jeden Zweifel ist die Art der Ausübung bei denjenigen Servituten, die zum Haben einer dauernden Anstalt auf einem fremden Grundstücke berechtigen. Wie aus der schon mehrfach zitierten l. 20 pr. D. 8,2[75] hervorgeht, besteht die Ausübung der Servitut in der Herstellung und Erhaltung der betreffenden Anlage. Zum Besitzerwerb wird man jedoch die Herstellung der Anlage schon als genügend erklären können, denn dies ist das Charakteristikum, daß man mit dem usus begonnen hat. Wenn also der Stellvertreter — gewöhnlich wird es sich in diesem Fall wohl um den

74) Im Prinzip dieselbe Anschauung über das corpus des Servitutenbesitzes scheint Brinz (Pandekten I S. 788) zu haben. Er erklärt ausdrücklich, der Besitz eines Rechts würde durch Ausübung des Rechts begründet und aufgehoben durch die Umkehrung eines Gründungsmoments. Hieraus schließt Bossert wohl mit Recht, daß auch Brinz der Ansicht sei, der Besitz dauere solange, als das faktische Verhältnis dauere. Ferner vertritt die Ansicht Bossert's Böhm, der vollständig auf Bossert's Schultern zu stehen scheint, und Degenkolb, dem Bossert die Anregung zu seiner Theorie zu verdanken erkärt. (a. a. O. S. 21 Anm. 37)

75) Vergl. S. 36 Anm. 44.

Pächter eines Grundstücks handeln — für den Berechtigten den Besitz der Servitut eines Überbaues oder eines stillicidium erwerben soll und mit dem Herstellen der Anlagen begonnen hat, ist für den Vertretenen der Besitz erworben. Bei den Servituten, die nicht einen einheitlichen Charakter haben, sondern die in mehrere Ausübungshandlungen zerfallen, ist zu unterscheiden, ob der Erwerb des Besitzes mit oder ohne den Willen des Besitzers der belasteten Sache erfolgt. In ersterem Fall, z. B. bei der Bestellung einer Servitut durch Stipulation, genügt zum Besitzerwerb schon, wenn der Stellvertreter irgend eine der Ausübungshandlungen vornimmt, wenn z. B. die Person, der die Ausübung eines Ususfructus übertragen ist, die belastete Sache detiniert, denn hier liegt keine Unklarheit über das Wesen der Servitut vor, es ist also für die beteiligten Dritten auch bei bloßer Detention des Nießbrauchsgegenstandes der Eindruck eines tatsächlichen Ausübungsverhältnisses vorhanden. In dem anderen Falle dagegen, daß der Besitzerwerb ohne den Willen des Besitzers der res serviens geschieht, ist unbedingt die Vornahme einer für die betreffende Servitut charakteristischen Ausübungshandlung durch den Stellvertreter nötig, also z. B. zum Besitzerwerb am Ususfructus das frui. Nähme nämlich der Stellvertreter nur die Detention der res serviens vor, so bestände noch durchaus Ungewißheit darüber, ob der Stellvertreter für den Vertretenen den Besitz eines usus, einer habitatio oder eines ususfructus erwerben wollte, es wäre also für einen Dritten, zu welchen auch der Besitzer der res serviens gehört, der Eindruck der tatsächlichen Ausübung einer bestimmten Servitut nicht hervorgerufen

worden. Über die bei dem Besitzerwerbe einer negativen Servitut sich ergebenden Eigentümlichkeiten ist noch unten weiter zu sprechen.[76]

Der Stellvertreter kann sich natürlich in dem rein körperlichen Element des Servitutenbesitzes, das man als detentio des Rechts bezeichnen könnte, wieder eines Stellvertreters bedienen, und zwar ist hier der Wille dieses zweiten Stellvertreters, den Servitutenbesitz für den ursprünglich Vertretenen erwerben zu wollen, ganz gleichgültig, vorausgesetzt natürlich, daß das nötige Willensmoment, für den Vertretenen Besitz erwerben zu wollen, beim ersten Stellvertreter vorhanden ist. Daß diese Reihe von Stellvertretern sich beliebig weiter ausdehnen läßt, wird für den Sachbesitz deutlich ausgesprochen in l. 30 § 6 D. 41,2;[77] es ist kein Grund vorhanden, warum für den Servitutenbesitz nicht Analoges gelten sollte; also kann Besitzerwerb an einer Realservitut z. B. auch durch den Afterpächter für den Besitzer des Grundstücks geschehen. Unsicherheit darüber, ob überhaupt Stellvertretung im Erwerb des corpus zulässig sei, kann sich nur bei den Personalservituten ergeben, bei denen auch die Übertragung des Rechts nicht möglich ist. Von den Personalservituten des römischen Rechts ist der usus die einzige, die als nicht verwertbar gilt. Trotzdem wird auch bei ihm eine Stellvertretung im corpus möglich sein, denn dadurch, daß beim usus die

76) Vergl. u. S. 79. ff.

77) l. 30 § 6 41, 2 Si ego tibi commendavero tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo. et idem erit. si colonus meus fundum locaverit aut is, per quam deposueram, apud alium rursus deposuerit, et id per quamlibet plurium personam factum observandum ita erit.

Übertragung der Ausübung nicht gestattet ist, ist nicht gesagt, daß nicht einem anderen der Auftrag erteilt werden kann, die Ausübung für den Berechtigten vorzunehmen, falls nur der Vorteil der Ausübung dem Berechtigten zu Gute kommt. Dasselbe gilt für die irregulären Personalservituten. Ist einer Person eine Schöpfgerechtigkeit bestellt, so wird sie zwecks Besitzergreifung dieses Rechts auch einen Dritten mit der Ausübung derselben betrauen können. Im modernen gemeinen Recht, in das nach übereinstimmender Ansicht die Personalservituten des usus, der habitatio und der operae servorum et animalium nicht in der Gestaltung des römischen Rechts übernommen sind,[78] wird es besonders auf den im Bestellungsakte ausgesprochenen Willen des Bestellers ankommen. Bei Personalservituten findet nämlich eine Beschränkung statt sowohl in Bezug auf die Dauer der Berechtigung als auch auf die Person des Berechtigten. Je nachdem nun der Wille des Bestellenden mehr diese oder jene Richtung der Beschränkung betont, wird man eine Stellvertretung für unzulässig oder zulässig erklären.

§ 8.

Die Ausübung des corpus durch den Stellvertreter würde jedoch allein noch nicht genügen, um für den Vertretenen den Erwerb des Servitutenbesitzes herbeizuführen: es ist außerdem nötig, daß diese Ausübung zu der Person des Vertretenen in eine Beziehung gebracht wird, und dies geschieht durch den Willen des

78) Dernburg, a. a. O. S. 616.

Vertreters, den Besitz der Servitut für den Vertretenen zu haben.[79] Dieser Wille kann nun in objektiver und subjektiver Beziehung nicht vorhanden sein. Der Wille fehlt in objektiver Beziehung, wenn er nicht infolge von in der Person des Vertretenen liegenden, sondern von äußeren, vom Willen des Vertreters unabhängigen Umständen nicht vorhanden ist: dies ist dann der Fall, wenn der Vertreter überhaupt einen rechtswirksamen Willen nicht äußern kann, wenn er handlungsunfähig ist. Daß Handlungsfähigkeit für den Stellvertreter notwendig ist, geht aus l. 1 § 9,10 D. 41,2[80] hervor. In subjektiver Beziehung ist das für den Stellvertreter nötige Willensmoment nicht vorhanden, wenn er nicht „wollen will", d. h. wenn er nicht die Absicht hat, dem Vertretenen, sondern sich oder einem Dritten Besitz zu erwerben. Über die Erheblichkeit dieses Willensmomentes bestehen sehr verschiedene Ansichten, besonders ist in letzter Zeit versucht worden, die Bedeutung dieses Momentes abzuschwächen. Ferner ist auch die Frage nicht unbestritten, wie sich dieser Wille äußern muß, ob der innere Wille genügt, oder ob er äußerlich hervortreten muß. Da spezielle, den Servitutenbesitz betreffende

79) Daß ein solcher Wille notwendig sei, ergibt sich vor allem aus l, 1 § 20 D. 41, 2 per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere und l. 1 § 19 D. 41, 2 . . . . . nam si jubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio.

80) l. 1 § 9, 10 D. 41, 2, Ceterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi. Et ideo, si furiosum servum miseris. ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.

Äußerungen hierüber in den Quellen nicht vorhanden sind, man also die Analogie des Sachbesitzes heranzuziehen gezwungen ist, wird es nötig sein, zuvor die verschiedenen beim Sachbesitz entwickelten Theorien kurz darzustellen.

Streng und formal das äußere Hervortreten des Willens in fremdem Namen zu handeln, forderte Jhering[81] in seiner älteren Theorie. Schon im zweiten Band seiner Jahrbücher sah sich jedoch Jhering selbst zu einer Abschwächung seiner Lehre veranlaßt, die ihn zu einer weiter gefaßten Erklärung des alieno nomine agere führte: er erklärt hier als schon hinreichend, wenn aus den das Geschäft begleitenden Umständen die Bestimmung für den Prinzipal hervorgeht. Später ist dann diese Theorie vollständig von ihm verlassen worden.[82] Als herrschende Theorie ist die Willenstheorie von Bremer[83] anzusehen, auf Grund derer lediglich der innere Wille des Vertreters als die Richtung des Besitzerwerbes bestimmend anzusehen ist. Dieser innere Wille gibt sich jedoch kund und läßt sich erschließen aus den das Geschäft begleitenden Neben-

81) Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jher. Jahrb. I S. 321, II S. 76.

82) Gegen Jhering's Theorie wendet sich auch die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 11 S. 128, welche ausdrücklich sagt: „. . . . daß nach der weitaus überwiegenden Meinung in der Doktrin der Besitzerwerb des Vertretenen, sofern der Vertreter mit dem Willen, für ihn zu erwerben, handelt, dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Vertreter nicht ausdrücklich oder konkludent in fremdem Namen auftritt, der Tradent ihm nicht als einem namens eines Vertretenen Handelnden übergibt."

83) Bremer, Beiträge zu der Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter in der Zeitschrift für Civil-Recht und Prozeß. N F. XI S. 240 ff.

umständen. Uneinigkeit besteht jedoch, falls es sich um den Besitzerwerb durch einen Stellvertreter infolge von Tradition durch einen Dritten handelt. Diese wird hervorgerufen durch zwei sich anscheinend widersprechende Quellenstellen, nämlich l. 13 D. 39,5[84] und l. 37 § 6 D. 41,1.[85] In diesen beiden Quellenaussprüchen scheint ein offenbarer Widerspruch obzuwalten: Ulpian erklärt beim Eigentums- und Besitzerwerb durch einen Stellvertreter den Willen des Tradenten für maßgebend, Julian dagegen erklärt in genau demselben Falle, daß überhaupt keine Wirkung eintrete. Ehe wir diesen Widerspruch zu erklären versuchen, ist vorher noch einiger Quellenstellen zu gedenken, die ebenfalls einen Widerspruch gegen Ulpian's Ansicht zu enthalten scheinen, nämlich l. 59 D. 41,1,[86] l. 2 C. 7,10.[87] Wie jedoch bei der Erörterung über die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Servitutenbesitz schon hervorgehoben ist, liegt hier nur der Fall der indirekten, nicht der direkten Stellvertretung vor, d. h. „das Mandat selbst war darauf gerichtet, daß der Prokurator die Sache in eigenem

84) l. 13 D. 39, 5. Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret et placet, quamvis servus hoc mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adqirit

85) l. 37 § 6 D. 41, 1. Si cum mihi donare velles, iusserim te servo cummuni meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Fittii faceret, nihil agetur. quodsi servus, cummunis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur.

86) Vergl. S. 28.

87) Vergl. S. 29.

Namen kaufen, also selbst Eigentum erwerben und dann auf den Mandaten übertragen sollte".[88] [89] [90]

Mit den obigen Aussprüchen Julians und Ulpians hat man sich auf verschiedene Weise abzufinden versucht. Eine Gruppe von Schriftstellern nimmt an, daß hier tatsächlich ein Widerspruch in den Quellen vorliege: die einen geben Ulpian als dem jüngeren den Vorzug, so Glück[91] und Dernburg,[92] die anderen Julian, z. B. Exner;[93] wieder andere behaupten, daß in den betreffenden Stellen über den Besitzübergang überhaupt nicht geredet werde, so Arndt,[94] Schloßmann[95] und Mitteis.[96]

Ich möchte Munscheid[97] Recht geben, daß ein Widerspruch in den Quellen nicht vorliegen kann. Beweisend hierfür ist vor allem die fast wörtliche Wiedergabe des Falles bei Ulpian, woraus zu entnehmen ist, daß dieser den Ausspruch Julians kannte und gewiß auf den bestehenden Widerspruch hingewiesen hätte, wenn er einen solchen hätte konstruieren wollen. Da also ein Widerspruch in den Quellen nicht anzunehmen ist, so

---

88) Savigny, a. a. O. S. 306.

89) Vergl. S. 28.

90) In l. 33 § 1 D. 47, 2, die ebenfalls Ulpian zu widersprechen scheint, wird, wie aus dem Anfang der Stelle sofort hervorgeht, nur von einem falsus procurator gesprochen.

91) Glück, a. a. O. VIII S. 117 ff.

92) Dernburg, a. a. O. S. 426 Anm. 13.

93) Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition.

94) Arndts, Pandekten S. 224 Anm. 4.

95) Schloßmann, zur Lehre von der Tradition in Grünhuts Zeitschrift VIII S. 249. Derf. Zur Lehre vom Besitzerwerb durch Dritte in Grünhuts Zeitschrift IX S, 329.

96) Mitteis, a. a. O. S. 140 Anm. 42.

97) Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb S. 19 Anm 4.

suchen Savigny[98] und mit ihm v. Vangerow[99] und Sintenis,[100] die sich der Ansicht Ulpians anschließen, also von der Regel, daß für die Richtung des Besitzerwerbs der innere Wille des Stellvertreters entscheidend sei, eine Ausnahme im Falle der Tradition machen und hier diese Wirkung dem Willen des Tradenten zuschreiben, durch einen Zusatz zu dem Ausspruche Julians den Widerspruch zu tilgen, und zwar durch Hinzufügung der Worte ex mente procuratoris oder in sua persona zu dem nihil agetur. Daß diese Ergänzung nicht richtig sein kann,[101] geht aus dem Schlußsatze der Stelle[102] hervor, in dem ausdrücklich hinzugesetzt wird: in parte alterius domini. Hieraus muß man schließen, daß das nihil agetur vorher unbeschränkt gemeint ist. Wäre der Zusatz Savignys richtig, so hätte das in parte alterius domini auch wegbleiben können.

Die dritte Ansicht, hauptsächlich vertreten von Bremer[103] und Scheurl,[104] sucht den Widerspruch dadurch zu lösen, daß sie in den Stellen einen verschiedenen Tatbestand annimmt. Bremer nimmt damit eine Erklärung wieder auf, die schon von Donellus[105] aufgestellt, aber wieder vergessen war. Er nimmt an,

98) Savigny, a. a. O. S. 306.

99) v. Vangerow, Pandekten I S. 293 Anm.

100) Sintenis, a. a. O. S. 145 Anm. 26.

101) Hauser, Stellvertretung im Besitz S. 16.

102) Quodsi servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur.

103) Bremer, Beitrag zu der Lehre vom Besitzerwerb in der Zeitschrift für Civil-Recht und Prozeß XI S. 249 265, XX S. 53.

104) Scheurl, Beiträge II S 128; Ders. Über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Ihering's Jahrbüchern Bd. II S. 26.

105) Donellus, Kommentar 5, 10 § 6.

daß Ulpian den Fall habe kennzeichnen wollen, daß der Stellvertreter seinen Willen, einem anderen, als dem der Tradent Besitz übertragen wollte, den Besitz zu erwerben, nicht kund getan habe. Dieser Sinn vereinigt sich meines Erachtens sehr gut mit dem participium futuri acquisiturus, das die Willenstendenz ausdrückt, nicht aber die Äußerung dieses Willens. Nimmt man diesen Tatbestand in der Stelle Ulpians als gegeben an, so ergibt sich folgendes als Meinung Ulpians: da der Stellvertreter mit seinem Willen gegenüber dem entgegengesetzten, geäußerten Willen des Tradenten nicht hervortritt und derselbe also als Mentralreservation rechtlich unwirksam bleibt, so ist der Wille des Tradenten in stillschweigender Zustimmung des Stellvertreters auch als sein Wille anzusehen und also für die Richtung des Besitzerwerbs entscheidend. Ein ganz anderer Tatbestand soll nach der Erklärung Bremers in der Äußerung Julians vorliegen: hier soll der Dissens zwischen dem Willen des Tradenten und des Vertreters offen zu Tage getreten und daher überhaupt keine Rechtswirkung eingetreten sein. Wenn sich diese Erklärung der beiden Stellen auch keineswegs mit Notwendigkeit aus ihnen ergibt, so hat sie doch den Vorteil, daß sie unter Wahrung der grundlegenden Regel über die Bedeutung des Willens des Stellvertreters für die Richtung des Besitzerwerbs die beiden widersprechenden Quellenstellen vereinigt. Man wird daher wohl gut daran tun, sich ihr anzuschließen, wie dies auch Windscheid[106] tut. Nur in einem Punkte unterscheidet dieser sich von Bremer:[107]

106) Windscheid, a. a. O. S. 690 Anm. 7.
107) Bremer, a. a. O. XX S. 25 ff

er läßt Besitzerwerb für den vom Tradenten Bezeichneten auch dann eintreten, wenn dieser vom Tradenten gewollte Erwerber der Stellvertreter ist, während der Empfänger die nicht geäußerte Absicht hat, die Sache einem anderen zu erwerben. Ich sehe nicht ein, warum hier, wie Bremer will, der Wille des Tradenten ad incertam personam gerichtet sein soll und die eben zur Erklärung der beiden Stellen gemachten Erwägungen nicht auch hier maßgebend sein sollen.

Im völligen Gegensatz zu Bremer treten zwei andere Theorien, die die Bedeutung des Willens des Stellvertreters völlig ausschalten. Ihering[108] will in seiner neuen Anschauung[50] die Frage entscheiden lassen, ob der Stellvertreter ein Interesse daran hat, für sich den Besitz zu erwerben oder nicht. Handle er im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung,[109] so müsse ihm der Besitz zugesprochen werden, um ihm für seine Auslagen ꝛc. Sicherheit zu geben, handle er in fremdem Namen, so erwerbe er den Besitz für den Vertretenen. Diese sogenannte „Interessentheorie" unterwirft Lenel[110] einer berechtigten Kritik, in der er besonders hervorhebt, daß „in der Rechtsordnung nicht die konkreten, sondern die in bestimmt gearteten Fällen normalen typischen Interessen den Ausschlag geben;" außerdem könne sich die Interessenfrage ebenso gut umgekehrt, als wie von Ihering geschildert, gestalten. Im Gegensatz zu Ihering, aber

108) Ihering, Besitzwille S. 379 ff.

50) Über die ältere Anschauung Ihering's siehe oben S. 50.

109) Also mit anderen Worten: liegt indirekte Stellvertretung vor, so ꝛc.

110) Lenel, Stellvertretung und Vollmacht in Ihering's Jahrbüchern Bd. 36 S. 53 ff.

auch zu Bremer, stellt Lenel und sich ihm anschließend Regelsberger[111] eine neue Theorie auf, die den Erwerb des Besitzes abhängig macht von der dem Besitzübergang zu Grunde liegenden causa: derjenige, für den dieses Kaufalverhältnis besteht, erwirbt den Besitz; eine Ausnahme soll nur für tutores curatores und procuratores[112] und für das moderne Recht für gewisse ständige Wirtschaftsorgane bestehen, indem hier stets direkt dem Vertretenen Besitz erworben wird. Diese gänzliche Ausschaltung des Willensmomentes entspricht nicht dem Wesen der römischen Besitzlehre, das demselben eine so große Bedeutung zugemessen hat.[113] Außerdem geht aus dem Quellenausspruch l. 1 § 20 D. 41,2[114] so evident hervor, daß der Wille des Stellvertreters die Richtung des Besitzerwerbes bestimmt, daß ich mich den neueren Ansichten Jhering's oder Lenel's nicht anzuschließen vermag, sondern mich zu der Bremerschen Ansicht bekennen muß. Es ist also entscheidend für die Richtung des Besitzerwerbes der innere Wille des Vertreters. Handelt es sich jedoch um eine Tradition, so bleibt der innere Wille des Vertreters gemäß den Grundsätzen der Mentalreservation unbeachtet, wenn er ihn gegenüber dem entgegengesetzten Willen des Tradenten nicht zu erkennen gibt, und sein Schweigen gilt als Zustimmung zu der vom Tradenten ausgesprochenen Richtung des Besitzerwerbes. Ist der Wille des Stellvertreters dagegen gegenüber dem Willen des Tradenten zu Tage

111) Regelsberger, a. a. O. S. 415 ff.
112) Vergl. S. 27 über die Untersuchungen Schloßmann's.
113) Munscheid, a. a. O. S. 25.
114) Vergl. S. 49 Anm. 79.

getreten, so ist er entscheidend. Insofern ist Pininsky's[115] Theorie, daß es nicht auf den inneren Willen, sondern auf den äußeren Willensausdruck ankomme, als richtig anzuerkennen.

§ 9.

Die Grundsätze über die Erheblichkeit des Willens des Stellvertreters für die Richtung des Besitzerwerbes sind analog auch beim Servitutenbesitz anzuwenden. Es ist also auch beim Servitutenbesitz der innere Wille des Stellvertreters, für den Vertretenen die Servitut auszuüben, entscheidend und notwendig für den Erwerb des Besitzes durch letzteren. Wenn z. B. der Pächter eines Grundstücks einen Weg oder einen Brunnen des Nachbargrundstückes wie auf Grund eines Servitutrechts benutzt, so wird er, je nachdem sein Wille darauf gerichtet ist, sich den Besitz einer Personalservitut oder dem Eigentümer des Grundstücks den einer Realservitut zu erwerben, entweder sich oder dem Eigentümer den Besitz der Servitut erwerben. Jedoch ist hier wohl im Zweifel anzunehmen, daß er den Willen hat, für den Eigentümer die Servitut auszuüben. Ein ähnliches Verhältnis wird auch bei den Personalservituten vorkommen können. Ebenso wie beim Sachbesitz ist auch beim Besitzerwerb einer Servitut durch Tradition, sofern man überhaupt beim Servitutenbesitz von einem solchen sprechen kann, der Wille des Vertreters maßgebend. An die Stelle der traditio der Sache tritt nach dem Grundsatze: usus iuris est pro traditione possessionis die von dem Be-

115) Pininsky, Sachbesitzerwerb II S. 212 ff.

sitzer der res serviens verstattete Ausübung der Servitut. Im praktischen Leben wird dieser Fall sich wohl am häufigsten bei einem Pachtverhältnisse ereignen. Ein Wille des Pächters, sich den Besitz der Servitut zu erwerben, ist auch hier wohl nur anzunehmen, wenn er ausdrücklich hervorgetreten ist. Wenn also z. B. der Pächter eines Grundstücks sich den Besitz einer Personalservitut erwerben will, während der Quasitradent nur eine Ausübung fundi nomine zulassen wollte und ausdrücklich erklärte: „Ich gestatte Dir die Servitut für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks auszuüben", so kann der Pächter sich den Besitz der Servitut nur erwerben, wenn er ausdrücklich erklärt, daß er den Besitz der Servitut für sich erwerben wolle, und der Eigentümer der res serviens ihm trotzdem die Ausübung gestattet. Gibt der Pächter aber trotz der Äußerung des Quasitradenten seinen Willen nicht ausdrücklich zu erkennen, so gilt sein Schweigen als Zustimmung zu dem Willen des Quasitradenten, und er erwirbt den Besitz für den Eigentümer der res serviens. Sich selbst kann er den Besitz in diesem Fall erst dann erwerben, wenn er diesen Willen dazu ausdrücklich kund getan hat.

Es wird später bei dem Abschnitte dieser Abhandlung, in dem über den animus beim Servitutenbesitz ex professo gesprochen wird, noch eingehend erörtert werden, daß zum Erwerbe der Servitut nötig ist der Wille, das betreffende Recht wie eine Servitut auszuüben.[116] Bei dem Erwerbe des Servitutenbesitzes corpore durch einen Stellvertreter verbleibt zwar der animus possidendi bei dem zukünftigen Besitzer, es ist jedoch, wie eben gezeigt,

116) Vergl. u. § 14.

auch der Wille des Stellvertreters erheblich. Natürlich muß dieser, was den Inhalt und die Natur des Rechtes anbetrifft, genau korrespondieren mit dem Willen des Vertretenen, er muß also, um den Besitz einer Servitut zu erwerben, den Inhalt haben, das Recht wie eine Servitut auszuüben.

§ 10.

Eine besondere Art der Stellvertretung beim Besitze ist das constitutum possessorium, das den Römern wohl der Tatsache, nicht aber dem Namen nach bekannt war. Constitutum possessorium pflegt man den Fall zu nennen, daß der juristische Besitzer dadurch, daß er erklärt, von jetzt an nur mehr für einen Dritten detinieren zu wollen, diesem Dritten den Besitz überträgt.[117] Insofern spielt der Wille des Stellvertreters eine besondere Rolle bei diesem Institut und rechtfertigt sich daher die Einordnung an dieser Stelle. Es besteht nun Streit, ob hier eine Fortsetzung oder ein Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter vorliege. Diese Frage entscheidet sich durchaus im Sinne Windscheids und anderer, die für den Erwerb des Besitzes durch einen Stellvertreter eintreten, wenn man sich das Sachverhältnis genau vor Augen stellt. Suchen wir uns dies, und zwar der kürzeren und präziseren Ausdrücke wegen vorerst beim Sachbesitz, klar zu machen: A ist Besitzer einer Sache;

117) Dargestellt wird dieser Sachverhalt in l 18 pr. D. 41, 2: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio mec facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere. nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

er erklärt, den Besitz dieser Sache B übertragen zu wollen. Zum Erwerb des Besitzes für B ist nötig, daß er die tatsächliche Gewalt über die Sache mit dem animus possidendi ausübt. In dem corpus dieses Besitzes wird er vertreten durch A: also ist A sein Stellvertreter corpore im Erwerb des Besitzes. Scheurl[119] und mit ihm Heinrichs[120] treten für Stellvertretung in der Fortsetzung des Besitzes ein. Letzterer erklärt unsere Darstellung für einen gekünstelten Umweg, sagt in seinem Beispiel aber selbst: B erwirbt den Besitz von A." Also kann A doch für B nicht Stellvertreter in der Fortsetzung des Besitzes sein, da er ihm verloren geht und dem B neu erworben wird; er setzt nur die Detention fort. Dieser oben geschilderte Vorgang, daß der bisherige Besitzer Detentor für einen anderen wird, wird regelmäßig einen realen Untergrund in einem Rechtsgeschäft haben, das den andern zum Besitze berechtigt, und einem zweiten, das dem früheren Besitzer die Detention läßt. Es ist nun eine Streitfrage, ob diese causa detentionis erforderlich ist zur Wirksamkeit der Erklärung des früheren Besitzers. Windscheid[121] und auch Exner[122] erklären eine causa detentionis, einen Rechtsgrund dafür, daß die Tradition nicht nötig sei, für erforderlich; die Erklärung, nur für einen andern detinieren zu wollen, sei, wie Exner ausführt, „eine leere Formel, wenn nicht eine bestimmte causa vorliege, auf Grund deren die Detention der.

118) Windscheid, a. a. O. S. 685.
119) Scheurl, Beiträge II S. 109.
120) Heinrichs, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 30.
121) Windscheid, a. a. O. S. 685.
122) Exner, a. a. O. S. 143.

tradierten Sache beim Geber zurückbleibe". Mit Recht führt hiergegen Randa[123] an, daß der Streit sich eigentlich nicht um die Frage des Vorhandenseins der causa überhaupt drehe, „denn ein abstrakter Wille, für jemand zu detinieren ohne irgendwelche causa, sei ebenso undenkbar als der abstrakte Eigentumsübertragungswille", sondern darum, ob eine rechtsgültige causa detentionis notwendig sei, und dies sei nicht, wie auch Dernburg[124] ausführt, für erforderlich zu erachten.

Diese Regeln des constitutum possessorium sind auch beim Servitutenbesitze anwendbar. Überträgt also z. B. der Eigentümer eines Grundstücks zwecks Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium den Besitz des Grundstücks an einen andern und behält sich die Detention z. B. infolge eines Pachtvertrages oder als Nießbraucher des Grundstücks vor, so erscheint er gleichzeitig dadurch, daß er den Besitz einer mit dem Grundstück verbundenen Prädialservitut durch Ausübung derselben für den neuen Berechtigten erwirbt, während er selbst nur die Detention des Servitutenbesitzes hat, als Vertreter corpore im Besitzerwerbe der Servitut für den Berechtigten. Seltener wird das constitutum possessorium bei den Personalservituten, die der Ausübung nach nicht übertragbar sind, zur Anwendung kommen, weil die Vorbedingungen einer causa traditionis hier in der Regel nicht vorhanden sind, aber juristisch konstruieren läßt sich dieser Fall auch bei diesen. Erklärt z. B. der Eigentümer einer Sache bei Bestellung eines usus, mit dem ja auch ein gewisser beschränkter Frucht

123) Randa, a. a. O. S. 466 Anm. 20.
124) Dernburg, a. a. O. S. 425.

genuß verbunden sein kann, an dieser, um die zum Erwerb des Besitzes notwendige quasi traditio zu vermeiden, er wolle als Detentor des übertragenen Rechts den Servituteninhalt im Auftrage des abreisenden Berechtigten ausüben, so liegt hier doch unzweifelhaft ein constitum possessorium vor.

Die Frage, ob Besitzübertragung vermittelst constitutum possessorium zulässig sei, falls der Konstituent schon durch einen Vertreter besitze, erledigt sich im bejahenden Sinne schon durch die Erwägung, daß der Stellvertreter, wie oben gezeigt,[125] eine beliebige Reihe von Stellvertretern in der Detention haben kann.[126] Anders ist die Frage zu beantworten, ob ein Stellvertreter im Besitze den Besitz durch constitutum possessorium auf einen Dritten übertragen könne. Ich halte dies mit Dernburg[127] im Gegensatz zu der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 19 S. 239 für durchaus unzulässig auf Grund des Satzes: nemo sibi causam possessionis mutare potest; der Detentor kann sich nicht auf Grund eines bloßen Willensentschlusses zum Besitzer machen, was notwendig wäre, wenn er den Besitz einem anderen übertragen wollte. Diese Grundsätze gelten auch vom Servitutenbesitz.

§ 11.

Wie schon oben dargelegt ist, ist zum Erwerb des Servitutenbesitzes außer dem Vorhandensein des corpus noch ein zweites Moment erforderlich, nämlich der

125) Vergl. S. 47.
126) Dieser Meinung ist auch das Reichsgericht Bd 11 S. 53.
127) Dernburg, a. a. O. S. 428 Anm. 7.

animus possidendi, der Wille, den Besitz zu haben. Dieses Willensmoment, das in der Regel nicht in den Stellvertreter verlegt werden kann, ist in seiner näheren Gestaltung dort ausführlicher zu erörtern, wo über den animus beim Besitzerwerb und eine etwaige Stellvertretung darin ex professo gesprochen wird.[128] Vorher ist jedoch hier darzustellen, wie dieser animus der mit dem Willen des Stellenvertreters, den Besitz der Servitut für den Vertretenen zu haben, betreffs des Inhalts und des Charakters des ausgeübten Rechts korrespondieren muß, in diese Beziehung zu demselben tritt. Ein Wille einer Person kann dadurch in Übereinstimmung mit dem Willen eines Dritten treten, daß diese Übereinstimmung entweder vorher (Einwilligung) oder nachher (Genehmigung) erklärt wird.

Die Einwilligung, daß der von einem Dritten zu erklärende Wille meinem Willen entspreche, findet im praktischen Leben ihren Ausdruck vor allem in der Vollmacht oder in einem Auftrage, der einer Person erteilt wird. Wenn ich jemandem, z. B. meinem Pächter, den Auftrag gebe: Erwirb mir den Besitz einer näher bezeichneten Servitut, so liegt darin, daß ich meine Einwilligung zu dem jetzt in die Erscheinung tretenden Willen des Pächters gebe, den Besitz der Servitut für mich zu haben. Die hier zu behandelnde Streitfrage des gemeinen Rechts erstreckt sich darauf, welchen Grad von Bestimmtheit dieser Auftrag haben müsse: ob zum Erwerbe des Besitzes durch einen Stellvertreter ein Generalmandat genüge oder ein Spezialmandat nötig

128) Vergl. u. § 14.

sei. Dieser Streit ist entstanden aus der verschieden weit gehenden Interpretation des Satzes: possessio ignoranti acquiritur, den man aus folgenden Quellenstellen ableiten kann: § 5 J. 2,9,[129] l. 49 § 2 D. 41,2 Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem . . . . non datur. l. 1 C. 7,32,[130] l. 47 D. 41,3 Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, quamvis possideam etc.

Diese Sätze handeln zwar alle vom Sachbesitz, sind aber, da besondere Vorschriften für den Servitutenbesitz fehlen, entsprechend auf diesen zu übertragen. Wie Windscheid [31] ausführt, läßt sich der Sinn des Satzes possessio ignoranti acquiritur in verschiedener Tragweite verstehen. Ganz eng faßt das Gebiet dieses Satzes Savigny.[132] Nach ihm ist zum Besitzerwerb durch einen Stellvertreter stets Spezialmandat erforderlich, das Wissen des Vertretenen von dem Ausübungsakt, durch den der Besitz erworben wird, ist nicht notwendig. Savigny erreicht dieses Resultat durch die besondere Interpretation von l. 42 § 1 D. 41,2[133] und Pauli rec. sent. V,2 § 2.[134] In der ersten Quellenstelle will

129) Vergl. S. 26.

130) Vergl. S. 27.

131) Windscheid, a. a. O. S. 686 Anm. 9.

132) Savigny, a. a. O. S. 315.

133) l. 42 § 1 D. 41, 2 Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod, si sua sponte emerit, non: nisi rata habuerit dominus emptionem.

134) Pauli rec. sent 5, 2 § 2. Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt. adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absense autem domino comparata non aliter ei quam si rata sit quaeritur.

Savigny das sua sponte von einem procurator omnium bonorum verstanden wissen. Es trete in diesem Fall Besitzerwerb erst mit der Genehmigung ein. Ebenso soll nach Savigny der Satz: absente autem domino comparata non aliter ei quam si rata sit quaeritur sich auf einen procurator omnium bonorum beziehen. Ganz abgesehen davon, daß man bei Anwendung des Schloßmann'schen Begriffes des procurator hierunter stets einen procurator omnium bonorum verstehen muß, ist auch, wenn man den alten Begriff des procurator als Übersetzung für „Stellvertreter" vorzieht, diese Erklärung nicht anzunehmen. Was das sua sponte in l. 42 § 1 D. 41,2 betrifft, so läßt sich dies viel leichter und natürlicher erklären, wenn man es nicht von dem Handeln eines Mandatars sondern von dem eines negotiorum gestor versteht.[135] [136] Auch in Pauli rec. sent V 2 § 2 ist der Schlußsatz als Fall der negatiorum gestio aufzufassen. Hierzu bestimmen, wie Bremer ausführt, folgende Gesichtspunkte:

1. Es ergibt sich in dieser Stelle eine vollständige Angabe, wie Besitz durch Stellvertreter erworben werden kann, nämlich durch einen Mandatar und einen negotiorum gestor.

2. Die Ausdrücke absens und ratihabitio sind die bei der Behandlung von Fällen der negotiorum gestio gewöhnlich vorkommenden.[137]

135) In dieser Bedeutung findet sich sua sponte z. B. auch in l. 3 § 10 D. 3, 5: Hac actione non solum tenetur is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit.

136) Bremer, a. a. O. XI S. 219 ff.

137) Ähnliche Anschauungen wie Savigny vertritt Brinz (a. a. O. I. S. 519). Nach ihm ist ursprünglich sogar Anwesenheit des Prinzipals im Augenblick der Besitzergreifung erforderlich gewesen und dies erst später utiliter abgeändert worden.

Ebenfalls einen speziellen Auftrag für den Besitzerwerb durch einen Stellvertreter fordern Puchta[138] und Scheurl.[139] Nur insofern geben sie dem Satze: ignoranti acquiritur possessio im Gegensatz zu Savigny eine weitere Fassung, als sie zum Vorhandensein des animus possidendi beim Mandanten nicht die bestimmte Kenntnis der zu erwerbenden Sache fordern, sondern es an einer allgemeinen Bestimmung des Charakters derselben genügen lassen; so genüge z. B. als animus possidendi der Auftrag zum Kaufe eines als Geschenk bestimmten Luxusgegenstandes, dessen nähere Bestimmung dem Stellvertreter überlassen wird. Hier ist indessen wohl die Grenzlinie zwischen Genetal- und Spezialmandat kaum sicher zu ziehen und jedenfalls ist diese Unterscheidung beim Servitutenbesitz ganz unpraktisch.

Die Dritte, unserem Satze die weiteste Fassung gebende Anschauung ist endlich die, daß auch durch den procurator omnium bonorum auf Grund eines allgemeinen Auftrages Besitz erworben werden könne. Diese Auslegung vertreten schon Donellus und Vinnius, wie sich aus folgenden Aussprüchen derselben ergibt:

Donellus Commentar V 8, § 10 Sive specialiter ei mandavimus de re certa, sive generaliter, ut negotia nostra gereret.

Vinnius: Comm. zu den Inst. 29,9 § 6. Procuratorem intelligo non tantum, qui speciale mandatum habet, sed etiam, cui universorum bonorum administratio permissa est. Eternim cum procurator

138) Puchta, Rechtslexikon II S. 61.
139) Scheurl, a. a. O. II S. 218, 219.

generalis et exigere possit atque recipere et emere ac vendere, quatenus ratio administrationis hoc exposcit. Hactenus non video, quid inter hunc specialem procuratorem intersit. Plane extra causam administrationis ad adquirendum domino possessionem generale mandatum non sufficit, sed aut speciale requiritur aut domini ratihabitio.

Sie ist erst wieder aufgenommen von Bremer, der sich auf die oben dargelegte Auslegung von l. 42 § 1 D. 41,2 und Pauli rec. sent. V 2 § 2 stützt.[140] Gegen diese Auslegung ist Schirmer[141] aufgetreten. Er behauptet, in der letzteren Stelle seien besonders die Worte: „Abwesenheit" und „Anwesenheit" zu betonen; es gelte der Schlußsatz also sowohl für den procurator omnium bonorum, als auch den negotiorum gestor, und bei beiden sei zum Besitzerwerb Genehmigung nötig. Wäre dies richtig, bemerkt Bremer[142] in seiner Widerlegung dieser Einwürfe, so müßte der letzte Satz auch für ein Spezialmandat gültig sein, also die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch einen Vertreter auf Grund eines Mandates überhaupt geleugnet werden. Ebenso will Schirmer in l. 42, § 1 D. 41,2 das sua sponte nicht in der Bedeutung sine mandato gebraucht wissen. Warum es nicht diese Bedeutung haben sollte, ist nicht einzusehen, da die beiden Worte doch in klarem Gegensatze zu dem Worte mandante stehen. Außerdem: daß der gemäß einem Generalmandat abgeschlossene Kauf-

140) Vergl. o. S. 65.

141) Schirmer, der Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge XIV S. 167 ff.

142) Bremer, a. a. O. S. 205. ff.

vertrag keiner Genehmigung bedürfe, steht fest; wenn also sua sponte von einem allgemeinen Mandate zu verstehen sein soll, so dürfte es nicht heißen nisi ratam habuerit emptionem, sondern possessionem. Dagegen ist bei negotiorum gestio auch bei einem Kaufvertrag Genehmigung nötig. Schwerer wiegend ist der Einwurf Schirmer's, daß ein Zusammenhang zwischen der Absicht des Mandanten, durch den Stellvertreter sein Vermögen durch Zuwachs zu vermehren, dem animus mandandi, und der Absicht, durch den Stellvertreter Besitz zu erwerben, dem animus possidendi, der innere Zusammenhang fehle. „Es bleibe der Zukunft beschieden", so führt Schirmer aus, „die Entschlüsse über alle besonderen Akte zu erzeugen, welche nach und nach ökonomisch notwendig würden, und die Entscheidung hierüber habe daher der Mandatar zu treffen. In Beziehung auf den einzelnen Erwerb erhebe sich die Seele des Prinzipals garnicht zur Energie eines eigentlichen Wollens". Es sei also zum Besitzerwerbe auch eine Stellvertretung animo nötig, und infolgedessen bestände ein Verstoß gegen Pauli rec. sent. V. 12 § 1 Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Diese Ausführungen Schirmer's sind doch wohl als richtig nicht anzuerkennen. In einem Auftrage an einen Sachwalter zur Vermögensverwaltung ist doch auch der Wille mit enthalten, auch etwaigen Besitz, den der Sachwalter erwirbt, sich anzueignen. Warum soll hier ein Unterschied gemacht werden zwischen dem Willen, durch den procurator ein Kaufgeschäft abzuschließen, und dem Willen zum Besitzerwerb? Ich möchte mich zur

Charakterisierung des in dem allgemeinen Auftrag enthaltenen animus possidendi des Mandanten der Worte Windscheid's[143] [144] — was den ersten Satz anbetrifft, allerdings nur mit Bedenken — bedienen: „Allerdings ist in den hier genannten Fällen der Vertreter mehr als Organ der Beschaffung der tatsächlichen Gewalt, er ist zugleich auch Vermittler des Willensmomentes; derjenige, für welchen er den Besitz erwerben will, hat den Besitzeswillen nur insofern, als derselbe sich durch den erteilten Auftrag im Voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat". Noch weiter als Bremer geht Schloßmann.[145] Auf Grund des von ihm aufgestellten Begriffes des procurator sucht er nachzuweisen, daß beim Besitzerwerb durch procuratores ein Mandat überhaupt nicht nötig sei, sondern derselbe sich so vollziehe, wie die Stellvertretung im Besitzerwerbe beim Pekuliarvermögen für den Gewalthaber[146] vor sich gehe, also durch Stellvertretung animo et corpore. Dies überträgt Schloßmann[147] auch auf die Lehren des modernen Rechts.[148] Entgegen steht dieser Ansicht wohl vor allem l. 13 pr. D. 41,1.[149] Die Hinzufügung

143) Diese Ansicht Bremer's vertreten außer Windscheid noch Sintenis, (a. a. O. S. 467 Anm. 31) Arndts, (a. a. O. S 224 Anm. 2) Randa, (a. a. O. S. 455 Anm. 12) u. A. Außerdem die Praxis des gemeinen Rechts vergl Seuffert's Archiv II Nr. 135. X, 134. XLII, S. 238. V, 106. XLIII, 15. XXIII, 15. und Entscheidungen des Reichsgerichts i. Civils. XIX S. 250. Für Savigny's Anschauung nur Seuffert's Archiv VIII, 231.

144) Windscheid, a. a O. S. 686 ff.

145) Schloßmann, a. a. O. S. 130 ff.

146) Vergl. u. § 17.

147) Schloßmann, a. a. O. S. 174 ff.

148) Zu demselben Resultate gelangt Mandry. (Zur Lehre vom Besitzwillen im Archiv f. civ. Praxis. 63 S. 12).

149) Vergl. o. S. 26.

der Worte etiam ignoranti, nachdem vorher von einem Mandate gesprochen ist, beweist doch, daß das ignoranti nicht in dem Sinne von sine mandato verstanden werden könne; deshalb will Schloßmann auch das ignoranti gestrichen wissen.

§ 12.

Diese Entscheidung, daß ein Generalmandat des Vertretenen zum Erwerbe des Sachbesitzes durch einen Stellvertreter genüge, ist auf den Servitutenbesitz zu übertragen. Es genügt also, daß, wenn der Besitzer eines Grundstücks sich für längere Zeit entfernt, er einer Person die Verwaltung des Gutes überträgt, um durch diese den Besitzerwerb einer mit dem Grundstück verknüpften Servitut zu ermöglichen. Am häufigsten tritt als Stellvertretung beim Servitutenbesitz der Fall auf, daß durch den Pächter eines Gutes der Besitz einer Servitut erworben wird. Es erscheint also wohl die Frage als berechtigt, ob schon in dem Bestehen eines Pacht- oder Mieteverhältnisses oder sonstigen ähnlichen Verhältnisses, das einer Person die Detention einer Sache gibt, ein genereller Auftrag zum Besitzerwerb enthalten sei.

Dernburg[150] behauptet dies allerdings, ich vermag mich jedoch seiner Ansicht nicht anzuschließen. Miete und Pacht schließen wohl einen generellen Auftrag zur Fortsetzung des Besitzes in sich, nicht aber zum Erwerb des Besitzes.[151] Vielmehr ist der Neuerwerb des Besitzes

150) Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. I S. 344 Anm. 11.
151) Randa, a. a. O. S. 458. Anm. 15a.

einer Servitut durch einen Pächter als negotiorum gestio anzusehen.[152]

§ 13.

Hat der Stellvertreter, ohne durch ein Mandat dazu ermächtigt zu sein, einer Person den Besitz einer Servitut erwerben wollen, so ist nachträglich Zustimmung dieser Person nötig, um den Besitzerwerb herbeizuführen, indem durch die Genehmigung der bisher fehlende animus possidendi in der Person des Vertretenen hinzugefügt wird. Die den Mangel des fehlenden animus heilende Wirkung der Genehmigung ist unbestritten.[153] Bestritten ist dagegen die Frage, ob die Genehmigung rückwirkende Kraft habe auf den Zeitpunkt, in dem der Stellvertreter durch die tatsächliche Ausübung der Servitut das körperliche Element des Besitzers verwirklicht hat, oder nicht.

Gegen die Zurückbeziehung erklären sich Savigny[154] und Hauser.[155] Hauser erklärt die rückwirkende Kraft der Genehmigung für unzulässig, weil auf den Be-

152) Dies spricht im allgemeinen aus eine Entscheidung des Reichsgerichts, Seuffert's Archiv XXIII, 214: „Das Dasein des beiderseitigen zum Besitzerwerbe des Verpächters erforderlichen animus geht an und für sich aus der Natur des Pachtverhältnisses keineswegs hervor", während in Striethorst's Archiv 22 S. 17 dies sogar ausdrücklich von dem Fall des Besitzerwerbs einer Servitut gesagt wird: „Die vom Pächter in der Absicht, dem verpachteten Grundstücke eine Grundgerechtigkeit zu erwerben, unternommene Besitzhandlung hat nur im Falle vorherigen Auftrags unter nachträglicher Zustimmung die rechtliche Wirkung einer Besitzergreifung durch Stellvertreter".

153) Vergl. S. 64 Anm. 133, 134.

154) Savigny, a. a. O. S. 316 Anm. 1. Die von Savigny angeführte l. 24. D. 3, 3, bewährt, wie Randa (a. a. O. S. 458 Anm. 16) mit Recht bemerkt, diese Frage gar nicht.

155) Hauser, a. a. O. S. 26 ff.

sitz als eine Tatsache die über die rückwirkende Kraft der ratihabitio gegebenen Vorschriften keine Anwendung fänden, da diese nur für Rechtsgeschäfte gegeben seien. Es finden sich allerdings in den Quellen nur auf die ratihabitio bei Rechtsgeschäften sich beziehende Aussprüche.[156] Ganz abgesehen davon, daß die Natur des Besitzes durchaus nicht unbestritten ist,[157] warum soll man, auch wenn man den Besitz als reine Tatsache anerkennt, nicht die Regeln über Rechtsgeschäfte analog anwenden? Die Anwendung der Lehre über die rückwirkende Kraft der ratihabitio erschiene mir nur dann als unzulässig, wenn ausdrücklich aus den Quellen hervorginge, daß sie beim Besitze nicht anzuwenden sei. Für die Rückziehung sprechen sich denn auch aus: Windscheid, Goldschmidt, Seuffert, Zimmermann und Randa.[158] Die Praxis ist in diesem Falle geteilter Meinung. Die Entscheidung in Seuffert's Archiv III, 10 leugnet die rückwirkende Kraft der Genehmigung beim Besitzerwerb. Der Gedankengang dieser Entscheidung ist folgender: Wenn die ratihabitio rückwirkende Kraft habe, sei auch der Augenblick des Erwerbes des Usukapionsbesitzes zurückzulegen. Dies sei jedoch nicht zulässig, da der Usukapionsbesitz erst mit Kenntnis des Besitzers vom Erwerb

156) l. 25 C. 5, 16 Sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt l. 7 C. 4, 28, cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrohabitur et confirmat ea, quae ab initio secuta sunt.

157) Randa, z. B. erklärt Besitzerwerb einfach für ein Rechtsgeschäft.

158) Windscheid, a. a. O. S. 688 Anm. 10a; Goldschmidt, Handelsrecht S. 613 Anm. 4; Seuffert, Ratihabitio S. 75; Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 220 ff; Randa; a. a. O. S. 458 Anm. 16.

des Besitzes beginne. Daß auch der Usukapionsbesitz zurückzurechnen sei, hat aber doch niemand behauptet. Für die rückwirkende Kraft der Genehmigung tritt dagegen eine Entscheidung des preußischen Obertribunals vom 18. Juli 1863 ein:[159] „Mit dem Zeitpunkt der Besitzergreifung seitens des Geschäftsführers ohne Auftrag ist im Fall nachträglicher Genehmigung der Besitz des Geschäftsherrn mit voller Wirkung für eingetreten zu erachten. Dieser Grundsatz findet auch hinsichtlich der ohne Auftrag vom Pächter geschehenen Besitzergreifung Anwendung."

§ 14.

Ebenso wie beim Sachbesitz ein animus possidendi des Vertretenen erforderlich ist, um durch einen Stellvertreter Besitz zu erwerben, ist dieser animus auch beim Erwerb des Servitutenbesitzes durch einen Stellvertreter als notwendig zu bezeichnen. Eine Untersuchung über die Gestalt dieses animus ist deshalb schon nicht unwichtig, weil der animus des Stellvertreters, für den Vertretenen den Besitz der Servitut auszuüben, denselben Inhalt haben muß wie der animus des Vertretenen, ausgenommen natürlich, was die Richtung des Besitzerwerbes angeht. Gestaltet sich nun dieser animus possidendi bei Servitutenbesitz analog wie beim Sachbesitz, oder ist auch hier wie beim corpus des Servitutenbesitzes eine Abweichung von den Regeln des Sachbesitzes zu erkennen?

---

159) Striethorst, Archiv 2 f. I. 98.

Analog dem animus rem sibi habendi beim Sachbesitz sucht Windscheid[160] das Willensmoment auch beim Servitutenbesitz zu gestalten, indem er es definiert als den Willen, eine eigene Herrschaft über die belastete Sache in einzelnen Beziehungen auszuüben; dagegen erklärt er den Willen, die Herrschaft wie ein Recht auszuüben, nicht für erforderlich.[161] Ob die Anwendung der Analogie des Sachbesitzes hier annehmbar ist, wird unten nachzuweisen sein.

Die Charakterisierung des animus beim Sachbesitz selbst ist jedoch nicht einmal unbestritten. So bezeichnet z. B. Savigny[162] den im Besitzwillen enthaltenen faktischen Eigentumswillen als „Eigentumbehauptungswillen," d. h. als „Wille, keinen anderen besseren Berechtigten über sich anerkennen zu wollen." Eine dieser Auffassung entsprechende Formulierung des animus beim Servitutenbesitz ist, wie Bossert[163] ausführt, schon deshalb nicht anzunehmen, weil es hier nicht auf die bessere Berechtigung ankommen wird, sondern nur darauf, ob die Servitut überhaupt wie ein dem Besitzer zustehendes Recht ausgeübt wird oder nicht.

Zu einer ganz anderen Formulierung des Besitzwillens gelangt Mandry.[164] Er behauptet, der animus possidendi sei nicht dem animus rem sibi habendi, sondern nur dem animus detinendi gleichzustellen: Wer weder den juristischen Besitz eines andern

160) Windscheid, a. a. O. S. 742 Anm. 6

161) Zu derselben Ansicht bekennt sich das Obertribunal zu Berlin, vergl. Seuffert's Archiv XVII, 14.

162) Savigny, a. a. O. S. 110

163) Bossert, a. a. O. S. 43 Anm. 86.

164) Mandry, a. a. O. S. 20.

fortsetzen noch einem andern einen solchen erwerben wolle, werde infolge dieses animus juristischer Besitzer, vorausgesetzt natürlich, daß das corpus des Besitzes vorhanden ist. Auch die Anwendung der Auffassung Mandry's auf den Servitutenbesitz erscheint unzulässig, da beim Servitutenbesitz in den Quellen ausdrücklich zum Vorhandensein des animus das suo iure uti verlangt wird. Auf Grund dieser Quellenstellen ist überhaupt die Anwendung des für den Sachbesitz konstruierten Begriffs des animus auf den Servitutenbesitz zu verwerfen. Der animus beim Servitutenbesitz ist vielmehr zu definieren, als der Wille, den Inhalt der Servitut wie ein Recht an einer fremden Sache auszuüben.[165] Die Quellenaussprüche, auf die sich diese Definition begründet sind besonders: l. 25 D. 8,6. Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit: ideoque, si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

l. 7 D. 43,19. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen, tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.

Die Interpretation dieser Stellen, als ob in dem suo iure uti die Forderung guten Glaubens enthalten sei, nämlich, daß man des Glaubens gewesen sei, daß das ausgeübte Recht einem auch zustehe, ist durchaus nicht anzuerkennen, vielmehr liegt hier in dem suo iure

165) Bossert, a. a. O. S. 42.

uti nur, daß man das Bewußtsein hatte, ein Servitutrecht auszuüben, daß man die Servitut wie ein Recht und nicht nur auf bloße Gestattung des Besitzers der belasteten Sache hin gelegentlich einmal ausübte. Daß die Bedeutung von suo iure uti: in gutem Glauben den Inhalt der Servitut ausüben, hier nicht gemeint sei, geht aus dem dem suo iure gegenübergestellten pro via publica oder pro alterius servitute und vor allem aus den Worten: si prohiberetur non facturus hervor. Wer einen Weg über ein fremdes Grundstück benutzt, ohne sich weiter Gedanken darüber zu machen, nur weil ihm dieser Weg bequemer ist oder der von ihm gewöhnlich benutzte z. B. wegen einer Überschwemmung nicht gangbar ist, und wenn ihm dann die Benutzung verboten wird, das Gehen über den Weg, ohne sich auf eine Berechtigung zur Benutzung des Weges zu stützen, aufgibt, der hat nicht den animus possidendi der Wegegerechtigkeit.[166] Wenn nun auch über die Formulierung des animus als Willen, die Servitut wie ein Recht auszuüben, im allgemeinen ziemliche Übereinstimmung besteht, so herrscht um so größerer Streit über die Frage, ob die Ausübung der Servitut wie ein dingliches Recht genüge, oder ob die Ausübung wie ein Recht an einer fremden Sache nötig sei. Diese Frage wird vor allem praktisch in dem Fall, daß jemand an einem Walde oder einer Weide das Eigentum zu haben glaubt und

166) Dies spricht auch l. 1 § 6 D. 43, 19 aus: Vivianus recte ait eum, qui propter incommoditatem rivi aut propterea, quod, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum, itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum sed quasi nec usum.

demgemäß dort Holz schlägt oder Vieh weidet. Stellt sich dann heraus, daß ihm das vermeintliche Eigentum nicht zusteht, so behauptet der Betreffende gewöhnlich, das Holzschlags- oder Weiderecht an dem Grundstück durch unvordenklichen Besitz ersessen zu haben. Hier kommt es nun darauf an, ob zum Besitze einer Servitut der Wille im allgemeinen genügt, sie wie ein dingliches Recht auszuüben, wozu dann natürlich auch der animus dominii ausreichen würde, oder ob es nötig sei, sie wie ein Recht an einer fremden Sache auszuüben. Die Rechtsprechung ist in diesem Fall geteilter Ansicht. Für ausreichend zum Vorhandensein des Willensmoments betrachten den Willen, den Inhalt der Servitut blos wie ein dingliches Recht auszuüben, die Oberappellationsgerichte zu Kassel, Lübeck, Celle, München, Berlin und das preußische Obertribunal und ferner auch das Reichsgericht.[167] Die Entscheidungen dieser Gerichte beruhen durchgängig auf dem Grundsatze, daß das Eigentum alle dinglichen Rechte umfasse, also auch das Servitutrecht. Wer also den animus dominii habe, habe auch den animus possedendi einer Servitut an dem Grundstück, dessen Eigentümer er zu sein glaubte.[168] Der Wille, ein Recht an der Sache als einer fremden zu haben, schließt aber doch den Willen, die Sache wie eine eigene zu haben, aus: „Man kann nicht an der eigenen

167) Seuffert's Archiv, VII, 154; VIII, 292; XX, 19; XXII, 23; XXVII. 28; XXX, 101; XXXVII. 98; XL, 183; XLVI, 171; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen: IV S. 136, XII S. 175.

168) Randa weist nach, daß diese Folgerung nicht richtig sei. Sie beruht auf dem falschen Glauben, daß die Servituten einzelne vom Eigentum abgelöste Bestandteile desselben seien.

Sache Servituten ausüben wollen.[169] Die Entscheidung des Reichsgerichts geht von einem anderen Gesichtspunkte aus. Sie behauptet, daß in den einschlägigen, oben zitierten Quellenstellen[170] nur die Ausübung einer Servitut wie irgend eines Rechts verlangt werde, mehr gehe aus denselben nicht hervor. Wenn nun auch in den Quellen, wie anzuerkennen ist, nicht ausdrücklich gesagt ist, daß man die Servitut wie ein ius in re aliena ausüben müsse, so ist doch wohl aus dem Zusammenhange dortselbst zu schließen, daß das suo iure uti nur deshalb nicht näher bestimmt ist, weil dortselbst nur von Servitutenrechten gesprochen wird und man also bei Erwähnung des ius nur an ein ius in re aliena denken wird.[171] Daß übrigens der Wille, die Servitut nur wie ein dingliches Recht schlechthin auszuüben, nicht genügt, läßt sich deutlich erschließen aus l. 20 D. 7,4.[172] Hier wird ein Irrtum über die Art der ausgeübten Servitut für genügend erklärt, um den Besitzverlust derselben herbeizuführen. Wieviel eher muß der Irrtum als wesentlich erscheinen, wenn man ein ganz anderes, viel weitergehendes Recht ausgeübt hat.

---

169) Randa, a. a. O. S. 566.

170) Vergl. o. S. 75.

171) Es vertreten unsere Ansicht auch Randa, a. a. O. S. 566; Bossert, a. a. O. S. 41 ff.; Gruchot, Beiträge VIII S. 41; Seuffert, Zu der Nachschrift zu S.'s Archiv VIII, 292 und andere, ferner die Oberappellationsgerichte zu Stuttgart und Mannheim, Seuffert's Archiv VIII, 220, 236.

172) l. 20 D. 7, 4. Is qui usum fructum habet, si tantum utatur, quia existimet se usum tantum habere, an usum fructum retineat? Et si quidem sciens se usum fructum habere tantum uti velit, nihilomius et frui videbatur. Si vero ignorat pato cum amittere fructum: non enim ex eo quod habet utitur, sed ex eo, quod putavit se habere.

§ 15.

Von ganz besonderer Wichtigkeit zeigt sich das Willensmoment beim Besitze negativer Servituten. Da bei diesen ein Handeln des Berechtigten zur Herstellung des corpus nicht erforderlich, sondern das dem Servituteninhalte entsprechende tatsächliche Verhältnis schon dadurch vorhanden ist, daß der Besitzer des belasteten Grundstücks gewisse Handlungen nicht vornimmt, so erhoben sich Stimmen, die die Notwendigkeit eines Willensmomentes für den Besitz an diesen Servituten überhaupt leugneten und schon durch das Vorhandensein des tatsächlichen Verhältnisses den Besitz für begründet erklärten. Zu dieser Ansicht bekannte sich Savigny[173] in den zwei ersten Ausgaben seines Werkes über den Besitz, ferner Glück und Hedemann.[174] Savigny stützte sich für seine Ansicht auf l. 6 § 1 D. 8,5.[175] Aus den Worten: Et si forte non habeat aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est scheint allerdings hervorzugehen, daß auch ohne das Vorhandensein des Willens, den betreffenden Zustand wie eine Servitut auszuüben, sondern allein durch das bloße Vorhandensein des corpus ein Besitz an der Servitut bestehe. Zu welchen Konsequenzen würde das aber führen? Der Eigentümer eines Grundstücks würde an

---

173) Savigny, a. a. O. S. 493 Anm. 5.

174) Glück, a. a. O. X S. 213; Hedemann, Erwerb und Schutz des Servitutenbesitzes S. 161 ff.

175) l. 6 § 1 D. 8, 5. Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitorem. Et si forte non habeat aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi et clam.

allen Nachbargrundstücken eine durch unvordenklichen Besitz erworbene servitus de altius non tollendo etc. erwerben.[176] Die Ansicht Savigny's ist daher wohl als richtig nicht anzuerkennen, wie er sich ja auch selbst in den späteren Auflagen korrigiert hat. Zum Vorhandensein des Besitzes an einer Servitut ist nötig ein gewisser Kausalzusammenhang zwischen dem Willen, den Inhalt der Servitut wie ein Servitutrecht auszuüben, und der tatsächlichen Ausübung.[177] Dieser ursächliche Zusammenhang springt bei den anderen Servituten sofort ins Auge, weil hier die Ausübung in einem Handeln besteht. Wie ist nun dieser Zusammenhang bei negativen Servituten herzustellen? Er ergibt sich sofort, wenn man den Satz aufstellt, daß das tatsächliche Ausübungsverhältnis, das seinem Inhalte nach von vornherein besteht, als solches nur anzusehen ist, wenn es infolge des Willens, es wie ein Recht auszuüben, besteht. Dies ist dann der Fall, wenn es vorhanden ist infolge eines Einspruchs[178] des Besitzers oder dessen Stellvertreters gegen eine Störung durch den Besitzer der res serviens oder infolge eines Rechtstitels.[179] Hedemann[180] wendet besonders gegen letzteres ein,

176) Wegen dieser unhaltbaren Folgerungen sieht sich Hölder: Über die Anwendung der Verpfändung von servitutes urbanae im Archiv für civil. Praxis 63 S 117 veranlaßt, einen Besitz an negativen Servituten überhaupt zu leugnen.

177) Bossert, a. a. O. S. 25.

178) D. h. infolge eines einseitigen Verbots oder einer wirksamen Verhinderung zuwiderlaufender Handlungen, Randa, a. a. O. S. 615 ff.

179) z. B. infolge eines Vertrages auf Bestellung der Servitut.

180) Hedemann, Erwerb und Schutz des Servitutenbesitzes S. 161 ff.

da der Besitz ein tatsächliches Verhältnis sei, sei es unlogisch, ihn von dem Bestehen eines Rechts abhängig zu machen. Hiergegen ist zu bemerken, daß der Besitz der Servitut ja nicht als entstanden zu denken ist durch das Entstehen des Rechts, sondern daß dadurch nur der Wille, den tatsächlichen Zustand wie ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, hervorgetreten ist.[181] Zur Entkräftung von l. 6 § 1 D. 8,5[182] erscheint mir Bossert's Erklärung unter den vielen die einleuchtendste. „Der Servitutenberechtigte ist zugleich Servitutenbesitzer. Wenn ich auf meinem Grundstücke nicht höher gebaut habe, so ist mein Gegner (der nämlich zugleich das Servitutenrecht hat) Besitzer; denn, da nichts verändert ist, besitzt jener die Servitut und kann mich, wenn ich bauen will, sowohl durch die civilrechtliche Klage, die actio confessoria, als durch das interdictum quod vi aut clam verhindern".

Im Fall der Stellvertretung genügt, um den erforderlichen Kausalnexus zwischen corpus und animus herzustellen, natürlich, daß das corpus infolge des Willens des Stellvertreters sich in dem betreffenden Zustand befindet. Wenn also der Pächter eines Grundstücks durch ein erfolgreiches Verbot, eine Mauer auf dem Nachbargrundstücke höher aufzuführen, seinen Willen kundgetan hat, für den Eigentümer des Grundstücks den

181) Unsere Ansicht über die Rolle des Willensmoments bei negativen Servituten vertreten auch Windscheid, a. a. O. S. 741 Anm. 4 und Bossert und ferner die Entscheidungen in Seuffert's Archiv VII, 15; XIV, 13; XVI, 7; XXV, 8; XXX, 110; XVIII, 249.

182) Vergl. o. Anm. 145.

Besitz einer Servitut zu erwerben, so genügt dies, um das corpus des Servitutenbesitzes herzustellen.

§ 16.

Ist nun auch bei dem so charakterisierten animus des Servitutenbesitzes eine Stellvertretung möglich? Unterholzner[183] behauptet, daß eine solche beim Besitzerwerb im Gegensatze zum Sachbesitz bei Realservituten möglich sei: Durch Ausübung einer solchen fundi nomine durch einen Pächter ꝛc. würde dem Eigentümer des Grundstücks ein Besitz daran erworben auch ohne eigenen Besitzwillen des Vertretenen, beziehungsweise ohne nachfolgend ratihabitio notwendig zu machen. Er stützt sich hierbei auf l. 1 § 7 D. 43,19 und l. 3 § 4 D. 43,19.[184] Diese Stellen sprechen jedoch nur von einer Fortsetzung, nicht von einem Erwerbe des Servitutenbesitzes.[185] Es gilt vielmehr für den Servitutenbesitz ebenso wie für den Sachbesitz die allgemeine Regel: Possessionem adquirimus corpore et animo, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Die Stellvertretung animo ist im allgemeinen nicht zulässig, nur einige Ausnahmen unterbrechen aus Zweckmäßigkeitsrücksichten die Regel.

§ 17.

Ebenso wie beim Sachbesitz ist auch beim Servitutenbesitz eine Stellvertretung animo et corpore anzu-

183) Unterholzner, a. a. O. II S. 129.

184) l. 1 § 7 D. 43, 19. Is cuius colonus aut hospes aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via. l. 3 § 4 D. 43, 19. Uti videmur servitutibus etiam per servos vel colonos vel alios vel etiam hospites et fer per eos omnes, qui nobis retineut servitutes.

185) Demselben Fehler verfällt auch das Oberappellationsgericht zu Jena und Celle. (Seuffert's Archiv XXIV 218; II, 135; XII, 231).

nehmen beim Besitzerwerb des Haussohnes für sein Pekuliarvermögen. Erwirbt z. B. der filius familias eine Nutznießung für sein Pekuliarvermögen oder wurde ihm eine Realservitut an einem zu diesem Vermögen gehörigen Grundstück bestellt, so erwarb er dem Gewalthaber durch Ausübung der Servitut den Besitz derselben und zwar durch Stellvertretung animo et corpore. Dieser Satz wird ausgesprochen in l. 1 § 5 D. 41,2: Item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est; et quidem earum rerum, quas peculiariter teneut etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. Daß ignorantes hier nicht in dem Sinne zu verstehen sei, wie in der Parömie: possessio ignoranti acquiritur, daß also man nicht den Schluß ziehen darf, daß in der Erlaubnis, ein Pekuliarvermögen zu haben, ein genereller Auftrag, Besitz zu erwerben, enthalten sei, sondern daß ignorantes hier vielmehr bedeutet eine Person ohne animus possidendi, zeigt sich in der Fortsetzung des Quellenausspruches: igitur ex causa peculiari et infans et furiosus acquirunt possessionem, sowie in l. 32 § 2 D. 41,2: Nam infans peculiari nomine per servum possidere potest. Es können also auch Willensunfähige ex causa peculiari Besitz erwerben, also liegt wirklich Stellvertretung auch animo vor.

Ein fernerer Fall der Stellvertretung animo et corpore ist der Besitzerwerb durch Organe einer juristi-

schen Person.[186] Falls die Ausübung durch Mitglieder selbst geschieht, ist dies nicht als Stellvertretung anzusehen. Schließlich ist noch der Vormund für den Bevormundeten[187] Stellvertreter corpore et animo. Die sich hier eröffnenden Streitfragen über die mehr oder minder strenge Durchführung der physischen Willensunfähigkeit bei Kindern gehören nicht in das hier zu behandelnde Thema.

Falls eine Stellvertretung animo oder corpore stattfindet, so braucht dies natürlich nicht durch dieselbe Person zu geschehen, sondern durch den einen der Stellvertreter kann die Vertretung animo, durch den andern die corpore geschehen; z. B. wenn das einem Wahnsinnigen gehörige Gut verpachtet ist, so ist beim Besitzerwerbe einer Prädialservitut der Vormund des Wahnsinnigen als Stellvertreter animo, der Pächter als Stellvertreter corpore anzusehen.

§ 18.

Der Besitz einer Servitut besteht, vorausgesetzt, daß das nötige Willensmoment vorhanden ist, so lange das corpus noch besteht. Ebenso wie das corpus durch Stellvertreter erworben werden kann, kann natürlich auch die Fortsetzung dieses Verhältnisses durch Stellvertreter erfolgen. Auch für diese Fortsetzung des Be-

186) l. 2 D. 41, 2. Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint, idque iis et per servum et per liberam personam acquiratur.

187) l. 13 § 1 D. 41, 1. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus.

sitzes werden die allgemeinen Lehren, die wir oben über den Erwerb des Besitzes entwickelt haben, entsprechende Anwendung finden. Es ist also zum Fortbestehen des Servitutenbesitzes als erforderlich zu betrachten: 1. die Ausübung der Servitut durch den Stellvertreter; 2. der Wille des Vertreters, die Servitut für den Vertretenen auszuüben; 3. der damit korrespondierende Wille des Vertretenen, durch den Vertreter den Servitutenbesitz zu haben.[188] Eine Ausnahme ergibt sich jedoch für Prädialservituten. Hier ist durch Ausübung des corpus eine Stellvertretung in der Fortsetzung des Besitzes möglich, auch ohne daß der Vertretene etwas davon weiß oder daß Genehmigung durch ihn notwendig ist, es genügt vielmehr allein der Wille des Vertreters, den Servitutenbesitz für den Vertretenen auszuüben, und die tatsächliche Ausübung des Besitzes. Die der Erhaltung eines einmal bestehenden Zustandes freundliche Tendenz des Rechts geht sogar so weit, daß, auch wenn der Besitzer verdrängt ist, sein Besitz nicht verloren geht, solange sein Stellvertreter das corpus für ihn ausübt. Dies ergibt sich aus der analogen Anwendung der vom Sachbesitz sprechenden l. 1 § 45 D. 43,16 und l. 40 pr. D. 41,2.[189] Es ist jedoch, wenn Bossert aufmerksam macht, streng zu scheiden zwischen Erhaltung des Servitutrechts und des Servitutenbesitzes durch Stellvertreter. Lediglich von

188) Bossert, a. a. O. S. 53 ff.

189) l. 1 § 45 D. 43, 16. Si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit, non posse me hoc interdicto (nude vi) experiri, quia per eos retineo possessionem, qui deiecti non sunt. l. 40 pr. D. 41, 2: Si de eo fundo, quem cum possiderem, pignori tibi dedi, servus tuus te deiciat, adhuc te possidere ait, quominus nihilominus per ipsum servum possessionem retineas.

der Erhaltung des Rechts sprechen folgende Quellenstellen: l. 56 D. 8,6: Servitus et per socium et fructuarium et bonae fidei possessorem nobis retinetur, nam satis est fundi nomine itum esse. l. 20 D. 8,6 Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur quive in possessione eius est aut mercennarius aut hospes aut medicus quive ad visitandum dominum venit vel colonus aut fructuarius.

l. 22 D. 8,6. Denique quicunque quasi debita via usus fuerit.

l. 24 D. 8,6. Licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus.

Von der Erhaltung des Servitutenbesitzes sprechen l. 1 § 7 D. 43,19 und l. 3 § 4 D. 43,19.[190] Im Gegensatz zur Erhaltung des Rechts wird also der Besitz nur erhalten, wenn die Person, die den Servituteninhalt ausübt, dies tut mit dem Willen, dem Besitzer den Besitz zu erhalten, während das Recht bestehen bleibt bei Ausübung einfach fundi nomine gleichgültig, ob der Vertreter dies Recht für sich erhalten will oder für einen andern. Daß der Stellvertreter zur Erhaltung des Besitzes die Servitut ausgeübt haben muß wie ein Recht, das einem Dritten zusteht, ergibt sich in l. 1 § 7 D. 43,19 aus den Worten ad fundum iter fecit in Verbindung mit l. 1 § 8 D. 43,19.[191] Wenn der Freund ꝛc. in dem Glauben, ihm stehe das Eigentum des Grundstücks, also auch die Servitut zu, die Wegegerechtigkeit ausübt, so erwirbt er sich Interdiktenschutz und Besitz, aber nicht mir. Im Gegensatz zur Erhaltung des Rechts

190) Vergl. o. Anm. 86, 87.
191) Vergl. o. Anm. 17.

kann also z. B. ein bonae oder malae fidei possessor den Besitz durch seine Ausübung nicht erhalten, denn ihm fehlt der Wille, den Besitz der Servitut dem Besitzer zu erhalten. Sonst aber geht der Servitutenbesitz durch non usus nicht verloren, wenn irgend eine beliebige Person das corpus ausübt mit dem Willen, für den Besitzer der Servitut die Ausübung vorzunehmen.

§ 19.

Ob dieser Wille als vorhanden anzunehmen ist, ist streitig beim Usufruktuar und Prekaristen eines Grundstücks. Windscheid[192] spricht dem Usufruktuar, ausgehend von seiner der des Sachbesitzes analogen Definition des animus als des Willens, eine eigene Herrschaft über die Sache in einzelnen Beziehungen auszuüben, den Besitzwillen an einer für ein Grundstück bestehenden Servitut zu, da „eine eigene Herrschaft auch derjenige ausübe, der ein fremdes Recht kraft eigenen Rechts ausübe". Es geht ja nun allerdings aus den Quellen hervor, daß dem Usufruktuar die Interdikte für den Besitzschutz einer Servitut zugestanden haben; aber auch der Besitzer des Grundstücks konnte sich ihrer bedienen, wenn er selbst eine Ausübung des Servituteninhalts vorgenommen hatte. l. 3 § 5 D. 43,19. Idem Julianus scribit, si meus usufructus in fundo tuo, proprietas vero tua fuerit et uterque nostrum per vicini fundum ierit, utile interdictum de itinere nos habere.[193] Da aber an einer und derselben Servitut

192) Windscheid, a. a. O. S. 742.

193) Die von Windscheid angeführte l. 22 D. 8, 6 bezieht sich nur auf die Erhaltung des Servitutrechts: Vergl. o. S. 86.

nur ein Besitz möglich ist, muß man sich wohl der Meinung Bossert's[194] anschließen, daß dem Usufruktuar nicht, weil er den Besitzwillen habe und Besitzer der Servitut sei, sondern nur mit Rücksicht auf seine praktische Stellung, die die Ausübung der Servitut mit in sich begreift, der Besitzschutz verliehen ist. Es ist also im Zweifel anzunehmen, daß der Usufruktuar den Inhalt der Servitut nur nomine domini ausübt, obwohl er ihn auf Grund eigenen Rechts ausübt; denn ebenso ist er nicht Besitzer, sondern nur Detentor des Grundstücks, obwohl er es auf Grund eigenen Rechts inne hat. Natürlich kann auch der Usufruktuar den Willen haben, den Besitz einer Personalservitut für sich zu erwerben, dieser muß jedoch ausdrücklich hervorgetreten sein.[195] Ebenso wie beim Usufruktus ist natürlich auch bei den übrigen zur Detention eines Grundstücks und der mit demselben verbundenen Servituten berechtigenden Rechtsverhältnissen, wie bei der Miete, der Pacht ꝛc., ein Besitzwille des Vertreters im Zweifel nicht anzunehmen. Auch den Prekaristen eines Grundstücks ist auf Grund von l. 1 § 11 D. 43,19[196] der Wille, für sich selbst die Servitut auszuüben, abzusprechen und derselbe als Stellvertreter des Besitzers zu bezeichnen[197]. Es würde zu weit führen, diese Untersuchung über das Vorhandensein eines eigenen Besitzwillens noch auf den Faustpfand-

194) Bossert, a. a. S. 49.

195) Es erscheint mir jedoch nicht richtig, die dem Usufructuar den Besitzschutz zusprechenden Quellenstellen auf diesen Fall zu beziehen, wie Randa, a. a. O. S. 577—79 es zu ihrer Erklärung tut.

196) Vergl. für die Erklärung dieser Stelle S. 32.

197) Randa's Auslegung dieser Stelle, daß hier der Prekarist den Willen habe, sich eine Personalservitut zu erwerben, ist wegen der Worte quasi fundo meo deberetur wohl nicht beizupflichten.

gläubiger eines Grundstücks, zumal da dieser Fall sich in der Praxis so gut wie nie ereignen wird, auszudehnen. Es ist ihm wohl dieser Wille abzusprechen, während er dem Emphytenta und Superficias zuzusprechen ist.[198]

§ 20.

Windscheid und Randa[199] wollen diese eben dargelegte, für Prädialservituten allgemein anerkannte Regel, daß zur Erhaltung des Besitzes die Ausübung des Servituteninhaltes für den Berechtigten durch einen Vertreter auch ohne Genehmigung des ersteren ausreichend sei, auf die Personalservituten ausdehnen, also die Ausnahme zur Regel erheben. Daß unsere Lehre über die Besitzerhaltung bei Prädialservituten eine Ausnahme sei, geht doch daraus hervor, daß hier jedes Band zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, das doch der Regel nach in der Form eines Auftrags oder der ratihabitio als Erfordernis für die Wirksamkeit der Stellvertretung zu betrachten ist, fehlt. Randa gelangt zu derselben Meinung, ausgehend von der von ihm vertretenen Theorie, daß zum corpus des Servitutenbesitzes einmalige Ausübung mit nachfolgender Ausübungsmöglichkeit genüge. Solange also die Möglichkeit der Ausübung bestehe, sei auch der Servitutenbesitz nicht verloren. Die Möglichkeit der Ausübung gehe aber eben durch die seitens des Pächters ꝛc. erfolgte Ausübung hervor. Quellenstellen, in denen speziell von der

198) Bossert, a. a. O. S. 46, 48.

199) Windscheid a. a. O. S. 744; Randa, a. a. O. § 21 Anm. 4.

Erhaltung des Besitzes an Personalservituten durch die Ausübung der Servitut seitens einer Person im Namen des Besitzers gesprochen wird, finden sich nicht; die von Windscheid hierfür zitierten Stellen[200] sprechen nur von der Erhaltung des Servitutrechts. Daher glaube ich, daß eine Ausdehnung der für Prädialservituten aufgestellten Ausnahme auf Personalservituten nicht anzuraten, sondern hier ein Band zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter für notwendig zu erklären ist.

§ 21.

Stellvertretung animo et corpore ist zur Fortsetzung des Servitutenbesitzes zulässig in den oben beim Erwerb des Servitutenbesitzes aufgeführten Fällen,[201] also beim Pekuliarerwerb durch den Hausſohn, für juristische Personen durch deren Organe und für Bevormundete durch ihre Vormünder. Falls die Stellvertretung animo durch eine andere Person stattfindet als die corpore, so gelten die für die Fortsetzung des Besitzes an Prädialservituten geltenden Ausnahmeregeln für die Stellvertretung corpore natürlich auch hier.

§ 22

Nachdem die Voraussetzungen für den Erwerb und das Fortbestehen des Servitutenbesitzes durch einen Stellvertreter dargelegt sind, erübrigt noch, die Lehren über den Verlust des Servitutenbesitzes darzustellen. Für die Erhärtung der sich ergebenden Grundsätze aus

200) l. 12 § 2 D. 7, 1; l. 38 D. 7, 1 und l. 22 D. 7, 4.
201) Vergl. § 19.

den Quellen ist wieder in ausgedehntem Maße die Analogie mit dem Sachbesitze heranzuziehen wegen des Mangels an speziell den Servitutenbesitz betreffenden Quellenstellen. Wie bei der Lehre vom Besitz überhaupt immer zwei Elemente zu beachten sind: das corpus und der animus, so ist dies auch beim Verluste des Besitzes der Fall, und zwar ist hier im Gegensatz zum Erwerb des Besitzes zu betonen, daß nicht ein Zusammenwirken beider Elemente von Nöten ist, sondern daß der Besitz schon durch das Fehlen eines der beiden Elemente verloren geht, wie aus l. 44 § 2 D. 41,2: Possessionem amitti vel animo vel etiam corpore und l. 153 D. 50,17: Ut . . . nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est hervorgeht.[202] Als regelmäßiger Fall der Stellvertretung beim Servitutenbesitz ist die Stellvertretung corpore anzusehen. Es wird sich daher empfehlen, zuerst darzulegen, wie sich der Verlust dieses Besitzes durch Stellvertreter bei Stellvertretung corpore gestaltet. Ebenso wie bei dem Verlust des Besitzes ohne Stellvertretung ist auch im Fall der Stellvertretung corpore Verlust des Besitzes anzunehmen, wenn das tatsächliche Ausübungsverhältnis zu existieren aufhört. Dies kann geschehen durch Nichtausübung seitens des Stellvertreters und durch eintretende Unmöglichkeit der Ausübung. Im Fall der Stellvertretung corpore tritt jedoch neben diese objektiven

202) Das utrumque hat in der letzten Stelle nicht die Bedeutung von „jedes von beiden", sondern von „sowohl des einen als des andern", wie dies auch in l. 1 pr. D. 13, 3 l. 10 § 13 D, 38, 10 l. 16 D. 31 l, 8. § 4 i. f. C. 61, der Fall ist; vergl. Windscheid, a. a. O. S. 701 Anm. 1.

Faktoren, durch die der Besitz verloren geht, noch ein subjektiver. Damit eine wirksame Stellvertretung stattfinde, genügt nicht, wie oben dargestellt, daß das corpus vorhanden ist, es muß hinzukommen der Wille des Vertreters, das corpus für den Vertretenen auszuüben. Es ergibt sich also demzufolge die Regel, daß bei Stellvertretung corpore Verlust des Servitutenbesitzes auch eintritt, wenn der Vertreter den Entschluß faßt, nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder einen andern den Besitz auszuüben. Auf die bei genauerer Betrachtung sich ergebenden Einzelheiten dieses Grundsatzes ist weiter unten einzugehen.

§ 23.

Was den Verlust des Servitutenbesitzes durch Nichtausübung betrifft, so ist derselbe scharf zu trennen von dem Verlust des Servitutenrechts, der durch zehnjährigen non usus eintritt. Da kein Grund vorhanden ist, um dessen willen mit dem Untergang des Rechts auch Untergang des Besitzes anzunehmen ist, so geraten die Anhänger der Möglichkeitstheorie beim corpus in Verlegenheit, wie sie den allgemein anerkannten Untergang des Besitzes durch Nichtausübung mit iher Theorie in Übereinstimmung bringen sollen. Da bei zehnjähriger Nichtausübung noch lange nicht erwiesen ist, daß eine Unmöglichkeit der Ausübung eingetreten sei, so müßte nach ihrer Theorie der Besitz in Ewigkeit fortdauern, solange die Möglichkeit der Ausübung noch besteht. Konsequent führt dies allein Puchta[203] durch, der tat-

203) Puchta, Kleine civilistische Schriften S. 454.

sächlich eine Fortdauer des Besitzes bis zur eintretenden Unmöglichkeit der Reproduktion des Servituteninhalts annimmt. Dagegen suchen die andern Anhänger der Möglichkeitstheorie den Verlust des Besitzes durch non usus durch besondere Gründe zu beweisen, wohl hauptsächlich der unhaltbaren Konsequenzen wegen, die sich aus der Puchta'schen Auffassung ergeben, auf Grund deren, wie Bossert[204] näher ausführt, unter Umständen jemand, der eben das Servitutrecht durch non usus verloren hat, sofort einen neuen Ersitzungsbesitz beginnen kann; wenn das Recht dann wieder ersessen ist, es durch zehnjährigen non usus wieder verliert u. s. w. Windscheid[205] führt daher non usus oder vielmehr ungewöhnliche Unterbrechungen im usus als Verlustgrund an auf Grund von l. 37, § 1 D. 41, 3: Fundi quoque alicui potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit. Randa und mit ihm Baron, Muther, Arndts und andere schließen aus dauernder Nichtausübung auf Aufgabe des Besitzwillens. Bei Stellvertretung corpore würde man dies also beziehen müssen auf den durch konkludente Handlungen, den non usus, hervorgetretenen Entschluß des Vertreters, die tatsächliche Gewalt nicht mehr für den Vertretenen haben zu wollen. Es lassen sich jedoch gut Fälle annehmen, in denen z. B. ein Pächter die Wegegerechtigkeit, die mit dem gepachteten Grundstück verknüpft ist, nicht mehr ausübt, den Ent-

204) Bossert, a. a. O. S. 61.

205) Windscheid, a. a. O. S. 743.

206) Randa, a. a. O. § 32 Anm. 34; Baron, Pandekten, § 174; Muther, a. a. O. S. 62; Arndts, a. a. O. S. 351.

schluß aber, die Wegegerechtigkeit für den Vertretenen nicht mehr haben zu wollen, durchaus nicht gefaßt hat.[207] Savigny[208] endlich läßt bei non usus den Verlust des Besitzes abhängig sein von dem Verlust des Rechts und erklärt bis dahin den Besitz in suspenso:[209] erst mit Erlöschen des Rechts zeige sich, ob bis dahin der Servitutenbesitz bestanden habe oder nicht. Sein Bedenken gegen diesen Schwebezustand spricht sogar Herwart,[210] der sich im übrigen Savigny anschließt, aus.

Alle diese Schwierigkeiten sind nicht vorhanden, wenn man sich der von Bossert vertretenen Theorie über das Wesen des corpus anschließt. Hier ist ganz der Regel nach Verlust des Besitzes anzunehmen, wenn das tatsächliche Ausübungsverhältnis ins Gegenteil verkehrt ist, d. h. wenn so lange eine Ausübung nicht vorgenommen ist, daß ein Dritter den Eindruck gewinnt, ein Ausübungsverhältnis bestehe nicht mehr. Wann dies anzunehmen ist, darüber läßt sich im allgemeinen keine Regel aufstellen, sondern hierüber wird das Urteil des Richters je nach dem besonderen Falle zu befinden haben.[211]

§ 24.

Wird also der Besitz der Servitut corpore durch einen Stellvertreter ausgeübt, so geht er für den Ver-

207) Bossert, a. a. O. S. 39.

208) Savigny, a. a. O. S. 495.

209) Die Möglichkeit des Besitzverlustes an negativen Servituten leugnet Savigny überhaupt.

210) Herwart: Über quasi possessio und possessorische Rechtsmittel in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XII S. 157.

211) Daß das in contrarium actum nur Unmöglichkeit der Ausübung, nicht bloße Nichtausübung bedeuten könne, erscheint mir als eine petitio principii der Anhänger der Möglichkeitstheorie.

tretenen verloren dadurch, daß der Stellvertreter längere Zeit die Ausübung unterläßt. Wie schon oben gesagt,[212] lassen sich manche Servituten ihrem Inhalte nach in die Berechtigung zu mehreren Handlungen zerlegen, die oft als Haupt- und Nebenausübungshandlungen zu charakterisieren sind. Damit nun der Besitz einer solchen Servitut nicht verloren gehe, ist stets zu fordern, daß die Hauptausübungshandlung durch den Stellvertreter ausgeübt wird. Übt er nämlich nur eine Nebenausübungshandlung aus, übt z. B. der Stellvertreter nur die Detention der Sache beim ususfructus aus, so besteht für einen Dritten das Bild eines tatsächlichen Ausübungsverhältnisses gerade der betreffenden Servitut, deren Besitz erhalten werden soll, nicht mehr.[213] Was die einzelnen Arten der Servituten angeht, so findet sich Streit über die Art der Ausübung nur bei den zum Haben einer Anstalt berechtigenden Servituten. Hier fordert Elvers,[214] gestützt auf l. 6 i. f. D. 8, 2[215] zum Verluste des Besitzes durch non usus, daß Handlungen durch einen anderen vorgenommen werden, die die Wiederherstellung der entfernten Anstalt verhindern. Da in dieser Stelle jedoch nur vom Verluste des Rechts gesprochen wird, so ist meiner Meinung nach Verlust des Besitzes schon dadurch als eingetreten zu erachten, daß die Anlage längere

212) Vergl. o. d. über d. corpus Servitutenbesitzes handelnden Abschnitt.

213) Dies bestätigt l. 17 D. 8, 6 für den Verlust des Servitutrechts: Labeo ait. si is, qui haustum habet per tempus, quo amittitur, ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.

214) Elvers, a. a. O. S. 678 ff.

215) l. 6 i. f. D. 8,2. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debeut et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, nude exemptum est tignum, obturaveris .... alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.

Zeit hindurch entfernt wird, sodaß der Eindruck eines tatsächlichen Ausübungsverhältnisses nicht mehr vorhanden ist. Bei negativen Servituten ist zum Besitzverlust als erforderlich zu betrachten eine eigene Handlung des Stellvertreters, durch die der Vorteil, den ihm die dem Nachbargrundstück auferlegte Beschränkung bringt, unmöglich gemacht wird, z. B. das Zubauen eines Fensters bei einer servitus, ne luminibus afficiatur. Die Natur der negativen Servituten bringt es jedoch mit sich, daß hier Besitzverlust durch Unmöglichkeit der Ausübung und Nichtausübung eng nebeneinander herlaufen. Als Scheidungslinie ist vielleicht zu betrachten, ob die den mit der Servitut verknüpften Vorteil aufhebende Handlung von dem Besitzer oder seinem Vertreter selbst oder von einem Dritten vorgenommen ist.

§ 25.

Daß das zuständliche Ausübungsverhältnis der Servituten abgebrochen wird durch äußere Vorgänge, die die Ausübung dauernd unmöglich machen, ist klar und auch bei Ausübung des corpus durch einen Stellvertreter zutreffend. Als Fall der Unmöglichkeit der Ausübung ist anzusehen auch die Dejektion des Vertreters aus dem Besitz der Servitut, die sich in praxi wohl meistens als Dejektion aus der belasteten Sache, z. B. dem Nießbrauchsgrundstück, oder als Verhinderung der Ausübung der den Servituteninhalt ausmachenden Handlung ereignen wird. Nur bei dauernder Unmöglichkeit der Ausübung kann natürlich das corpus als in contrarium actum angesehen werden; daher tritt z. B. bei einer vorübergehenden Überschwemmung eines Wegs, die eine zeitweilige Aus-

übung des Wegerechts durch den Pächter unmöglich macht, Verlust des Besitzes dieser Gerechtigkeit nicht ein.

§ 26.

Schließlich wird bei Stellvertretung corpore der Besitzverlust auch noch herbeigeführt durch den Willen des Stellvertreters, den Besitz nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder einen anderen zu haben.[216] Der Grundsatz: nomo sibi ipse causam possessionis mutare potest steht dem nicht entgegen, da hier nicht behauptet wird, daß der Vertreter den Besitz sofort für den von ihm als Besitzer gewollten erwirbt, weil hierzu erst eine äußerliche Kundgabe seines Willens, gerade für den Betreffenden besitzen zu wollen, nötig ist, die jedoch wohl in der Regel mit dem ebenfalls äußerlich in Erscheinung treten müssenden Willen, nicht mehr für den bisherigen Besitzer besitzen zu wollen, zusammenfallen. wird Randa[217] und andere leugnen, daß in unserem Falle ein Verlust des Besitzes stattfinde, da ein Besitzverlust durch Aufhören des animus nur in der Person des Vertretenen stattfinden könne. Hiergegen ist einzuwenden, daß an eine Stellvertretung animo in diesem Falle auch garnicht gedacht ist. Die Stellvertretung corpore besteht nur, wenn zwei Voraussetzungen vorhanden sind: 1. die Ausübung des corpus durch den Stellvertreter, 2. der Wille des Stellvertreters, für den Vertretenen das corpus auszuüben. Ist auch nur eine der beiden Voraussetzungen nicht vorhanden, ist Stellvertretung corpore nicht möglich, also fehlt, da der Vertretene das corpus selbst nicht

216) Windscheid, a. a. O. S. 708; Randa, a. a. O. § 23 Ia § 36 Anm. 1.

217) Randa: a. a. O. S. 506 ff.

ausübt, das notwendige körperliche Element; also ist das corpus in contrarium actum und der Besitz verloren. Warum, wie Randa allerdings behauptet, bei Aufhören der Vermittelung der tatsächlichen Gewalt durch den Repräsentanten der Besitz erhalten bleiben soll, vermag ich nicht einzusehen; durch obige Ausführungen hoffe ich gezeigt zu haben, warum der Besitz als verloren anzusehen ist. Hauser,[217] der ebenfalls jede Erheblichkeit des Willens des Vertreters für den Verlust des Besitzes leugnet, beruft sich hierfür auf l. 12, C. 7, 32.[218] Aber in dieser Stelle, die weiter unten noch ausführlicher zu behandeln sein wird, ist nur die Rede davon, daß der Stellvertreter die detinierte Sache derelinquiert, nicht dagegen davon, daß der Vertreter die Detention, nur mit veränderter Willensrichtung, behält. Die Uneinigkeit zwischen Windscheid[219] einerseits und Randa, Hauser und Dernburg andererseits scheint mir überhaupt darin ihre Hauptursache zu haben, daß auf Randa's Seite der Wille des Stellvertreters, für sich oder einen andern den Besitz auszuüben, nicht genügend auseinandergehalten wird von dem Willen, nicht mehr für den Vertretenen den Besitz auszuüben, ohne daß eine Richtung des Willens auf eine andere Person vorhanden ist; der bloße Mangel des Willens, für den Vertretenen

---

217) Hauser, a. a. O. S. 34 Anm. 10.

218) Vergl. u. S. 103 Anm. 226

219) Die Ansicht Windscheid's vertritt für den Sachbesitz auch eine Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 19 S. 241, die ausführt, „daß durch den Entschluß des Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für einen andern besitzen zu wollen, und durch die Betätigung dieses Entschlusses der Besitz des Vertretenen verloren . . . . . und für den Dritten . . . . . erworben sei.

weiter den Besitz auszuüben, wird sich in der Regel in der Dereliktion der betreffenden Sache äußern. Hier geht, wie unten noch weiter auszuführen sein wird, der Besitz für den Vertretenen nicht verloren, nicht jedoch deshalb, weil dies den allgemeinen Grundsätzen entspräche, sondern nur ausnahmsweise.

§ 27.

Um die Richtigkeit des von uns ausgesprochenen Satzes nachzuweisen, ist es nötig, über seine Anwendbarkeit beim Sachbesitz einige Untersuchungen anzustellen, da wegen Mangels an Quellenstellen die sich über diesen Grund des Besitzverlustes aussprechen, die Analogie des Sachbesitzes heranzuziehen ist. Beim Sachbesitz wollen einige in unserm Falle unterscheiden zwischen dem Besitz an beweglichen Sachen und an Grundstücken.[220] Für den Besitz an beweglichen Sachen ist Besitzverlust durch den Willen des Vertreters, die faktische Gewalt für einen andern auszuüben, unbedingt als eingetreten zu erachten. Dieser Wille muß natürlich äußerlich hervorgetreten sein, sonst ist stillschweigend anzunehmen, daß der Stellvertreter die faktische Gewalt weiter für den Vertretenen auszuüben willens war. Savigny[221] fordert als Betätigung dieses Willens ausdrücklich contrectatio. Es genügt jedoch schon Verweigerung der Herausgabe, eine förmliche contrectatio ist nicht nötig.[222]

220) Windscheid, a. a. O. S. 708 Anm. 6.

221) Savigny, a a. O. S. 364—67.

222) Dies ergibt sich aus l. 47, D. 41, 2. Si rem mobilem apud te deposalto aut ex commodato tibi possidere nec reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est und aus l. 68 D. 4, 2 nec refert in digito habeat anulum an dactyliotheca, quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.

Warum Windscheid für Grundstücke eine Abweichung von der allgemeinen Regel konstruieren will, leuchtet mir nicht ein. Wie aus den Worten „auch in diesem Falle" hervorzugehen scheint, tut er dies in Analogie mit dem in l. 12 C. 7,32 dargestellten Falle, in dem jedoch, wie unten darzulegen ist, ein ganz anderes Sachverhältnis obwaltet. Ich möchte Witte[223] recht geben, der auch am Grundstück einen Besitzverlust für den Vertretenen durch die Änderung der Willensrichtung des Vertreters eingetreten wissen will. Wenn Windscheid der von Witte als Beweis angeführten Quellenstelle (l. 12 pr. D. 43,16)[224] vorwirft, daß sie nur von einer Dejektion des Besitzers spricht, so ist dagegen zu bemerken, daß die Dejektion des Besitzers, die sich in der Nichteinlassung des Käufers ausspricht, doch auch nur als eine Betätigung des Willens des Pächters anzusehen ist, den Besitz jetzt für sich zu haben, und also im Grunde doch nur der Wille des Vertreters als das ausschlaggebende Moment erscheint.

§ 28.

Wie aus diesen Ausführungen erhellt, war es nicht unnötig, daß wir uns erst auf dem Gebiete des Sach-

223) Witte a. a. O. Gewährt die mit dem animus rem sibi habendi verbundene tatsächliche Herrschaft über eine Sache ꝛc. in der Zeitschrift für Civil-Recht und Prozeß Bd. XIII S. 299 ff.

224) l. 12 pr. D. 43, 16 Colonus eum, cui locator fundum vendiaerat, cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio deiectus est: quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi. Dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisisset. igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisse tunc videretur cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset

besitzes eine Ansicht bildeten, da sehr verschiedene Meinungen dort einander bekämpfen. Auf Grund der gefundenen Resultate können wir jetzt folgenden Satz aussprechen: Analog der Lehre vom Besitzverlust durch Stellvertreter beim Sachbesitz ist auch für den Servitutenbesitz anzuerkennen, daß durch den Entschluß des Vertreters, die Ausübung der Servitut nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder einen Dritten vornehmen zu wollen, der Besitz für den Vertretenen verloren geht. Dieser Wille muß natürlich erkennbar hervorgetreten sein, sonst bleibt er als Mentalreservation ohne Beachtung. Wie er sich zu äußern pflegt, wird in jedem Falle verschieden und daher der Beurteilung des Richters zu überlassen sein. Von besonderer Wichtigkeit für den Servitutenbesitz ist, wie man jetzt übersehen kann das Resultat der obigen Erörterung, daß auch für den Besitz an Grundstücken dieselbe Regel gilt, wie für den an beweglichen Sachen, da hierdurch die sonst sich erhebende und sicher zu vielen Kontroversen Anlaß gebende Frage vermieden wird, ob man der Regel für Grundstücke oder für bewegliche Sachen bei der Anwendung auf den Servitutenbesitz den Vorzug geben soll, oder ob eine Scheidung der Servituten, z. B. nach der Art der belasteten Sache, eintreten muß.

§ 29.

Diese Regel ist jedoch nicht strenge durchgeführt worden, sondern sie wird von Ausnahmen durchbrochen, die auf Ansprüche des praktischen Lebens zurückzuführen sind. In diesen Ausnahmefällen nämlich ist ein Wille

des Vertreters, für den Vertretenen den Besitz auszuüben, nicht mehr vorhanden, aber es fehlt auch der Entschluß, den Besitz für sich selber oder einen andern auszuüben. Der Grund, aus welchem diese Ausnahmen zugelassen sind, ist meiner Ansicht nach ein favor retinendae possessionis. Gibt der Stellvertreter den Willen auf, den Besitz für den Vertretenen auszuüben, ohne gleichzeitig den Entschluß zu fassen, ihn für sich oder einen andern auszuüben, so wäre nach der allgemeinen Regel der Besitz für den Vertretenen verloren; da nun aber die Person eines neuen Besitzers nicht wie in dem Fall, daß der Vertreter für einen andern detinieren will, in Aussicht steht, so erscheint es angemessen, dem Vertretenen ausnahmsweise noch den Besitz zuzuerkennen, falls er es nicht, wie noch unten nachzuweisen ist, bei dem eingetretenen unregelmäßigen Verhältnis bewenden läßt. In folgenden Fällen bleibt der Besitz also erhalten trotz Aufhören des Vertretungswillens:

1. Wenn der Vertreter stirbt oder handlungsunfähig wird.[225]

2. Wenn der Vertreter die Detention der Servitut aufgibt, d. h. wenn er aufhört, die Servitut auszuüben. Dies ist nämlich aufzufassen als die Betätigung des Willens, die Servitut nicht mehr für den Vertretenen

225) Als Beleg hierfür mag dienen l. 25 § 11 D. 41, 2. Et si moriantur aut furere incipiant aut alii locent, intellegimur nos retinere possessionem und l. 40 § 1 D. 41, 2 Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur. quo mortuo non statim dicendum est eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit.

ausüben zu wollen Auch diese Ausnahme läßt sich für den Servitutenbesitz aus den Quellen direkt nicht nachweisen, sondern es muß für diesen Zweck die Analogie des Sachbesitzes herangezogen werden. Für diesen ist die decisio l. 12 C. 7,32 Justinians maßgebend, die einen Streit der Prokulianer und Sabinianer entschied.[226] Justinian schließt sich hier ausnahmsweise der Meinung der Prokulianer an, daß der Besitz durch Aufgabe der Detention seitens des Stellvertreters nicht verloren gehe.[227] Savigny[228] sucht diesen Streit zwischen den beiden Richtungen aus dem Wege zu schaffen, indem er in l. 40 § 1 D. 41,1 (vergl. Anm. 111) gegen die Florentina idem statt aliud lesen will. Daß diese Lesart nicht anzunehmen ist, beweist, wie Rudorff in seinen Zusätzen zu Savignys[229] Werk über den Besitz sagt, vor allem der Text der Basiliken 50 Tit. 2,46

226) l. 12 pr. C. 7, 32. Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatum tollentes definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quam licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

227) l. 31 D. 4, 3. Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur. (Proculus). l. 38 D. 41, 2 Paulus: Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet. quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem.

Für die Behauptung der Sabinianer s. l. 40 § 1 D. 41, 1: Nachdem Afrikanus vorher ausgeführt, daß bei Tod des Stellvertreters der Besitz nicht verloren gehe, fährt er fort: aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit.

228) Savigny, a. a. O. S. 369, 370.

229) Savigny, a. a. O. Zusatz 116 S. 686.

§ 1: ἕτερον εἰ προαιρέσειἀνεχώρησεν. Aber auch schon aus anderen Quellenstellen ergibt sich, daß diese Gegenansicht bestand; z. B. ist dies aus dem Ausspruch des Pomponius in l. 31 D. 41,2[230] durch argumentum e contrario zu schließen.

Die Ansichten über die Tragweite der Dezision Justinian's sind sehr verschieden. Ich vermag mich der von Dernburg und Windscheid[231] und anderen vertretenen Interpretation dieser Quellenstelle, auf Grund derer sie auch aussprechen soll, daß bei occupatio des Grundstücks durch einen Dritten trotzdem der Besitz für den Vertretenen erhalten bleiben soll, nicht anzuschließen. Mit Recht hebt meiner Meinung nach Bruns[232] hervor, daß nicht unter jenem prodere ein tradere zu verstehen ist, sondern daß das prodere äußerlich sich nicht anders kundgebe als das derelinquere und sich von diesem nur durch die innewohnende Absicht unterscheide. Als Pleonasmus vermag ich das prodiderit in dem Falle, daß die Stelle nur von der Aufgabe der Detention spricht, nicht anzuerkennen. Durch das prodiderit wird vielmehr dem vorhergehenden dereliquerit nur eine nähere Deutung gegeben, aus welchen Gründen eine solche derelictio stattfinden kann. Daß das prodere nicht von der vollendeten traditio gesagt sein kann, scheint mir vor allem dadurch bewiesen zu werden, daß Justinian fortfährt: „ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere". Hieraus geht doch deutlich

230) l. 31. D. 41, 2. Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eandem locatorem possidere placet.

231) Dernburg, a. a. O. S. 434 Anm. 6; Windscheid, a. a. O. S. 707 Anm. 4.

232) Bruns, Besitzklagen S. 112 ff.

hervor, daß in dem vorliegenden Beispiele der Platz erst durch derelictio freigemacht werden soll, nicht aber, daß die Stelle auch davon sprechen will, daß der Besitz auch dann nicht verloren gehe, wenn ein anderer sich in den Besitz des derelinquierten Grundstücks gesetzt hat.[233] Derselben Ansicht sind denn auch Bruns, v. Vangerow, Witte[234] und andere. Es liegt ja auch gar kein Grund vor, um dessen willen der Dritte den Besitz nicht erlangen sollte, da in ihm sich alle Voraussetzungen des Besitzes vereinigen können und also der favor retinendae possessionis, der bei der bloßen Dereliktion als besitzerhaltender Faktor für den Vertretenen anzusehen ist, zwecklos wird, da ja sozusagen eine Besitzlosigkeit der Sache nicht einzutreten braucht. Daß Justinian diese Regel nicht nur auf Grundstücke angewandt wissen will, scheint mir obwohl auch dies nicht unbestritten ist mit Sicherheit aus dem cuiuscumque rei hervorzugehen. Alle diese Ausnahmen gelten jedoch nur für den Fall, daß der Vertretene sich nicht bei dem Zustand, auf Grund dessen er den Besitz trotz mangelnden corpus hat, beruhigt, sondern dafür Sorge trägt, daß das corpus entweder durch eigene Handlungen oder durch solche eines Stellvertreters wieder hergestellt wird. Dies erhellt aus l. 40 § 1 D. 41,2: Quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum,

233) Wegen der Gleichstellung des prodere mit tradere scheint mir auch Ihering's (Ihering, Besitzschutz S. 114, 117) Ansicht nicht annehmbar zu sein, daß durch Tradition an einen Dritten zwar der Besitz verloren gehe, aber ein possessorischer Schutz eingeführt sei: eine Rückforderungsklage auf Grund des Besitzes.

234) Bruns, a. a. O. S. 112 ff.; v. Vangerow, a. a. O. I S. 299; Witte, a. a. O. S. 283—285.

cum dominus eam apisci neglexerit. Am klarsten scheinen mir die hier obwaltenden Grundsätze Windscheid's[235] Worte auszudrücken: „So wenig die tatsächliche Gewalt fortdauert, wenn die Wiederherstellung des Verhältnisses, in welchem sie sichtbar war, dauernd unterbleibt, so wenig kann der ohne tatsächliche Gewalt rechtlich anerkannte Besitz fortdauern, wenn die Herstellung der tatsächlichen Gewalt selbst dauernd unterbleibt".

Der durch obige Untersuchungen für den Sachbesitz gewonnene Grundsatz, daß Besitzverlust nicht eintritt, wenn der Stellvertreter die Detention aufgibt, ist auf den Servitutenbesitz entsprechend anzuwenden und folgendermaßen zu formulieren: Der Servitutenbesitz geht nicht verloren für den Vertretenen, wenn der Vertreter die Servitut auszuüben unterläßt infolge des Willens, den Besitz derselben nicht mehr für den Vertretenen auszuüben.

§ 30.

In den Fällen, in denen, wie oben ausgeführt,[236] Stellvertretung animo möglich ist, ist natürlich der Besitz auch verloren, wenn der Stellvertreter den Willen aufgibt, den Servituteninhalt wie ein Recht an einer fremden Sache auszuüben. Es ist also in diesem Falle Stellvertretung animo beim Verluste des Besitzes möglich.

235) Windscheid, a. a. O. S. 708 Anm. 5.
236) Vergl. o. § 17.

§ 31.

In der Einleitung ist, bevor wir an die Behandlung der Stellvertretung beim Servitutenbesitz gingen, versucht worden, darzulegen, ob und seit wann sich im römischen Recht der Begriff des Besitzes an einem Rechte, im speziellen an einem Servitutrechte, entwickelt hat. Diese Untersuchung ist, um die Lehren des BGB. über Stellvertretung beim Dienstbarkeitenbesitze darstellen zu können, noch ungleich wichtiger, da, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergeben wird, es für das Gebiet des BGB. durchaus nicht unbestritten ist, ob es denn überhaupt einen Servitutenbesitz gibt und: wo kein Servitutenbesitz, da natürlich auch keine Stellvertretung in demselben Für die Methode dieser Untersuchung scheint folgender Gang am richtigsten: Zuerst ist aus den Sätzen des BGB. selbst zu entnehmen, ob dort von der Möglichkeit eines Besitzes an Rechten, im besonderen an Dienstbarkeiten, gesprochen wird. Sollte sich hier noch kein erschöpfendes Resultat ergeben, so sind die Vorarbeiten zum Gesetzbuche und die Literatur zu durchforschen, ob nicht in den Sätzen des Gesetzbuches sich die Möglichkeit ein Besitz an Rechten versteckt, der nur von diesem selbst nicht ausdrücklich hervorgehoben ist.

Im Gesetzbuche ist eine Definition des Besitzbegriffes bekanntlich nicht gegeben, sondern die Voraussetzungen des Besitzes lassen sich aus dem seinen Erwerb behandelnden § 854 herauskrystallisieren. Besitz ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache. Da nun auf Grund des § 90 unter Sachen nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind, so ergibt sich aus der allgemeinen Definition des Besitzes, da auch im be-

sonderen nie von Besitz an einem Recht gesprochen wird, daß ein Rechtsbesitz dem Gesetzbuche selbst nicht bekannt ist.[237] Daß die Nichtanerkennung des Rechtsbesitzes nicht in einer Lücke des Gesetzbuches ihren Grund hat, sondern mit Absicht geschehen ist, ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Absatz 1 und 2 des Artikels 191 des Einführungsgesetzes. Dort werden im ersten Absatze, in dem über eine Weiteranwendung der Vorschriften des bisherigen Rechts gesprochen wird, ausdrücklich die Worte: „Die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitz einer Grunddienstbarkeit oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit" gebraucht, während in Absatz 2, der über die nach Anlage des Grundbuches eintretende Anwendung der Vorschriften des BGB. handelt, nur vom „Schutz in der Ausübung der Dienstbarkeiten" gesprochen wird. Auch in dem § 1029, in dem den Grunddienstbarkeiten ein dem des Sachbesitzes entsprechender Schutz zuerkannt wird, vermeidet der Gesetzgeber das Wort „Besitz der Servitut" und spricht lediglich von einer entsprechenden Anwendung der für den Besitzschutz geltenden Vorschriften.

§ 32.

Daß im BGB. der Begriff eines Rechtsbesitzes nicht gewollt ist, darüber sprechen sich die Motive[238] näher aus. Sie führen aus, daß es an einem Bedürfnisse zum Schutze im Rechtsbesitze fehle, zumal da bei solchen Rechten, die zur Innehabung der Sache berechtigten, die Vorschriften über den Schutz des Sachbesitzes anzuwenden

237) Planck, Kommentar III S. 30.
238) Motive, S. 119.

seien. Da also eine Notwendigkeit eines besonderen Schutzes im Rechtsbesitz nicht vorhanden sei, so sei auch die Aufstellung eines Begriffs des Rechtsbesitzes, der notwendigen Voraussetzung des Schutzes desselben, nicht notwendig. Eine Ausnahme sei auch bei Dienstbarkeiten nicht zu machen. Zwei Funktionen hat der Besitz: Er kann erstens als Voraussetzung für die Begründung eines Rechts gedacht werden, und zweitens als Voraussetzung der das faktische Verhältnis schützenden Vorschriften.[239] Schon wegen der ersten Funktion des Besitzes ist es nicht praktisch, so wird in den Motiven gesagt, den Begriff eines Besitzes an Servituten anzuerkennen, da, wenn eine Ersitzung von Servituten auf Grund bloßer tatsächlicher Innehabung derselben eine bestimmte Zeit hindurch möglich wäre, die Vorteile des Eintragungsprinzipes wieder verloren gingen. Anders liegt dagegen die Sache, was den Schutz gegen eine Störung in der Dienstbarkeit angeht. Hier ist die Notwendigkeit eines besonderen Schutzes, abgesehen von den zum Besitz einer Sache z. B. zum Haben einer Anstalt berechtigenden Servituten, die ohnehin den Sachbesitzschutz genießen, nicht zu verkennen und hierfür denn auch der § 1029 und § 1090 eingefügt. Auf diese beiden Paragraphen und das für die entsprechende Anwendung der Regeln des Sachbesitzschutzes bei ihnen vorauszusetzende, einem Quasibesitz an Dienstbarkeiten gleichkommende Verhältnis ist unten noch näher einzugehen.

---

239) Motive, S. 471 ff.

§ 33.

Schließlich erübrigt es noch, uns auch mit den Ansichten der Literatur über den Punkt der Möglichkeit eines Rechtsbesitzes im BGB. zu beschäftigen. Die meisten der über das Gesetzbuch erschienenen Lehrbücher, Kommentare ꝛc. sprechen sich entschieden dafür aus, daß ein Besitz an Servituten nicht anzuerkennen sei, so Planck, Biermann, Cosack, Siméon, Meißner, Buchka und Endemann.[240] Eine Reihe von anderen Schriftstellern dagegen will wenigstens bei den Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten vornehmlich auf Grund von § 1029 und § 1090 einen, wenn auch beschränkten, Besitz anerkennen. So erkennt Dernburg[241] einen beschränkten Besitz bei den erwähnten Servituten an, weil sie Besitzschutz genießen. Außerdem will er noch auf Grund der Vorschriften des § 96, daß Rechte, die mit dem Eigentum eines Grundstücks verbunden sind, als Bestandteile des Grundstücks gelten, eine Möglichkeit des Rechtsbesitzes konstruieren. Ob aber seine Folgerung, daß auch gegen Störung im Besitz dieser Bestandteile des Grundstücks Besitzschutz, also ein Besitzschutz für Rechte bestehe, anzunehmen ist, erscheint mir sehr zweifelhaft. Wozu ist denn überhaupt § 1029 eingefügt worden, wenn ohnehin ein Besitzschutz an mit dem Eigentum des Grundstücks verbundenen Rechten möglich wäre? Wenn dies allein um

240) Planck, a. a. O. III S. 30 Nr. 4; Biermann, Sachenrecht S. 4; Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts III S. 62; Siméon, Recht und Rechtsgang I S. 546; Meissner, Kommentar S. 3 Nr. 4; Buchka, S. 189; Endemann, a. a. O. II S. 114 u. 115.

241) Dernburg, Bürgerl. Recht III S. 88.

des Besitzers des Grundstücks willen gesehen wäre, hätte der Paragraph doch wohl eine andere Fassung erhalten. Auch Enneccerus-Lehmann[242] erkennt die Möglichkeit des Rechtsbesitzes im BGB. an, und zwar unterscheidet er einen Tabularbesitz, der auf dieselbe Weise wie das eingetragene Recht geschützt werden soll, und einen tatsächlichen Besitz, „die faktische Ausübung der einem dinglichen Rechte entsprechenden Befugnisse mit der Absicht der Rechtsverwirklichung". Daß man in solcher Allgemeinheit von einem Rechtsbesitze reden könne, scheint mir nirgends aus dem Gesetzbuche hervorzugehen. Scherer[243] nimmt ebenfalls wie Dernburg bei den durch § 1029 und 1090 geschützten Servituten einen Besitz an und konstruiert dann noch einen besonderen Besitz an den Merkmalen einer Dienstbarkeit. Ein solcher Besitz an einem auf das Nachbargrundstück herausgebauten Erker ist aber doch bloßer Sachbesitz und als solcher auch geschützt, man kann ihn aber doch nicht dem Rechtsbesitze einreihen. Auch Fischer-Henle und Matthiaß[244] erkennen für die Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten einen beschränkten Rechtsbesitz an. Ersterer tut dies in folgendem Satze: „Der Besitz, auch der in § 1029 und § 1090 beschränkt anerkannte Rechtsbesitz, besteht nur an körperlichen Sachen". Ja, ist denn ein nur an körperlichen Sachen bestehender Besitz überhaupt noch ein Rechtsbesitz? Und selbst, wenn man von der logischen Konstruktion dieses

242) Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht II S. 32.

243) Scherer, Sachenrecht S. 15.

244) Fischer-Henle, Handausgabe S. 388 in **; Matthiaß Bürgerlich. Recht II S. 110.

Satzes absieht: Wie denkt denn Fischer sich z. B. bei einer Aussichtsgerechtigkeit, der doch nach § 1029 unbedingt ein dem Sachbesitz entsprechender Schutz zuzusprechen ist, diesen Besitz an körperlichen Sachen, der den Rechtsbesitz darstellen soll? Man müßte diesen Besitz schon an der Luft oder physikalisch richtiger an den die Lichtstrahlen vermittelnden schwingenden Ätherteilchen annehmen. Wenn auch der Ausübung von Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ein dem Sachbesitz entsprechender Schutz verliehen ist, so kann ich mich doch nicht entschließen, dieses Ausübungsverhältnis als „Besitz" schlechtweg zu charakterisieren. Denn wenn ein solcher Rechtsbesitz wirklich hätte anerkannt werden sollen, so hätte der Gesetzgeber in Artikel 191 Absatz 1 und 2 des Einführungsgesetzbuches doch nicht, wie oben ausgeführt, die Worte, die er gebrauchte, um dies Verhältnis im bisherigen Recht und im neuen Recht zu charakterisieren: „Besitz" und „Ausübung", so scharf zu scheiden brauchen, sondern hätte ruhig auch im zweiten Absatz das Wort „Besitz" wählen können. Daß aber hier ein dem Sachbesitz ähnliches Verhältnis, natürlich in der durch die veränderten Verhältnisse bei Rechten bedingten Umwandelung, vorliege, wird niemand leugnen können. Dieses Verhältnis bezeichnet man wohl am besten, wie Planck[245] dies tut, als Quasibesitz an Dienstbarkeiten, d. h. als ein Verhältnis, das als Besitz direkt nicht bezeichnet werden kann, sondern nur im Bezug auf den Schutz, den es genießt, und die sonst bei ihm anzuwendenden Grundsätze denselben Charakter hat.

245) Planck, a. a. O. S. 321.

§ 34.

Um diesen Quasibesitz bei den Dienstbarkeiten näher charakterisieren zu können, ist es vor allem notwendig, uns zu vergegenwärtigen, welche Voraussetzungen denn in den Paragraphen, in denen das Vorhandensein eines solchen tatsächlichen Ausübungsverhältnisses zur Bedingung von Rechtswirkungen gemacht wird, für dasselbe gefordert werden. Die Stellen des Gesetzbuches, in denen ein solcher Quasibesitz an Dienstbarkeiten vorkommt, sind § 1029 (und auf diesen Bezug nehmend § 1090) sowie § 900,2 und im Einführungsgesetze Artikel 191. In § 1029 werden als Voraussetzungen aufgestellt für den Fall, daß die Ausübung einer Grunddienstbarkeit einen dem Sachbesitz entsprechenden Schutz erhalten soll:

1. Die Eintragung der Grunddienstbarkeit ins Grundbuch.

2. Die Ausübung innerhalb des letzten Jahres vor der Störung.

Als wesentlich für die Charakterisierung des Quasibesitzes erweist sich meiner Meinung nach nur die zweite Voraussetzung und auch diese nur im beschränkten Maße. Die Eintragung in das Grundbuch wird zwar von Planck, Biermann und allen anderen als wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen des Dienstbarkeitenquasibesitzes aufgestellt, ist es aber meiner Meinung nach nicht, da, wie sich aus Artikel 191,2 des Einführungsgesetzes ergibt, ein Quasibesitzschutz gemäß den Regeln des BGB. auch für solche Grunddienstbarkeiten vorgesehen ist, die auch nach Anlage des Grundbuches infolge landes-

gesetzlicher Bestimmung[246] der Eintragung nicht bedürfen. Da man nun voraussetzen muß, daß das Einführungsgesetz von denselben Prinzipien ausgeht wie das BGB., so ist nicht einzusehen, warum der aus dem letzteren sich ergebende Quasibesitz nur vorhanden sein sollte, wenn die Servitut eingetragen ist, während der aus ersterem sich ergebende Quasibesitz dies nicht fordert. Ist es da nicht viel natürlicher zu sagen: die Eintragung ist nur eine Voraussetzung des Quasibesitzschutzes, die bei den Dienstbarkeiten wegfällt, die der Eintragung nicht bedürfen?

Erworben wird der Servitutenquasibesitz durch einmalige Ausübung des Servitutinhalts, und zwar muß diese Ausübung geschehen sein, genau wie im gemeinen Recht, mit dem Willen, die Ausübung wie die eines Servitutrechtes vorzunehmen. Es ist also hier im Gegensatz zu den sonstigen Prinzipien der Lehre vom Besitze im BGB. dem Willen ein gewisser Einfluß zuzuschreiben. Dieser Wille wird allerdings, besonders bei eingetragenen Servituten, im Zweifel anzunehmen sein. Im Gegensatz zum gemeinen Recht ist zur Fortdauer des tatsächlichen Verhältnisses nur die fortdauernde Möglichkeit der Ausübung zu fordern, nicht wie dort ein fortwährendes Ausüben wenigstens ohne derartige Pausen, daß einem Dritten das tatsächliche Ausübungsverhältnis nicht unterbrochen erscheint. Deshalb geht der Quasibesitz mit Übergang des berechtigten Grundstücks auf einen neuen Besitzer auch auf diesen über, ohne daß eine Ausübung des Servituteninhalts zum Erwerbe desselben notwendig erscheint; sogar bei dem Übergange des Eigentums auf

246) Vergl. EG. BGB Art. 128, 187.

den Erben erwirbt dieser den Quasibesitz auf Grund von § 857.[247] Betreffs der Länge der Fortdauer des Quasibesitzes muß ich mich wieder zu einer anderen Anschauung als Planck bekennen. Dieser läßt, wohl weil der Quasibesitzschutz damit erlischt, nach Ablauf eines Jahres seit der letzten Ausübung den Quasibesitz erloren gehen, falls nicht vorher eine neue Ausübung des Servituteninhalts erfolgt ist. Aber muß denn der Besitz schon verloren sein, wenn der Besitzschutz nicht mehr gegeben ist? Erscheint es nicht ebenso natürlich, wenn ein Jahr seit der letzten Ausübung vergangen ist, nur den Quasibesitzschutz verloren gehen zu lassen, nicht aber den Quasibesitz? Wenn Jemand nach einem Jahr und einem Tage eine neue Ausübungshandlung vornimmt, so hätte er nach Planck's Ansicht den für einen Tag verlorenen Quasibesitz wiedererlangt, während nach unserer Ansicht der Quasibesitz garnicht verloren war, sondern nur die Voraussetzungen des Besitzschutzes einen Tag lang nicht vorhanden gewesen waren. Für meine Ansicht spricht meiner Meinung nach auch Artikel 191 Absatz 2 des Einführungsgesetzes. Dort wird für solche nichtständigen Dienstbarkeiten, die nicht eingetragen zu werden brauchen, eine einmalige Ausübung in jedem der letzten drei Jahre vor der Störung für den Besitzschutz verlangt. Planck müßte hier also die Regel aufstellen: bei unregelmäßigen Servituten, die nicht eingetragen zu werden brauchen, besteht ein Quasibesitz ein Jahr nach der ersten Ausübung,

247) Dieser Paragraph erweist sich als anwendbar, weil, wenn die Vorschriften über den Sachbesitzschutz nach § 1029 entsprechende Anwendung finden sollen, auch die Vorschriften über die Voraussetzungen desselben Anwendung finden müssen.

darauf ist er in suspenso; ob er noch besteht, kommt darauf an, ob im folgenden Jahre eine Ausübung vorgenommen wird oder nicht; von derselben Voraussetzung hängt das Fortbestehen im dritten Jahre ab. Außerdem wäre nach Planck's Ansicht an Servituten, die nicht mindestens in drei Jahren in jedem Jahre einmal ausgeübt zu werden pflegen, ein Quasibesitz überhaupt nicht möglich. Gerade der Inhalt dieses erwähnten Artikels scheint mir zu beweisen, daß die Frist von einem Jahr nur als Voraussetzung des Quasibesitzschutzes zu betrachten ist. Vielleicht darf hier daran erinnert werden, daß auch im gemeinen Recht Besitzschutz und Besitz an Servituten den Voraussetzungen nach durchaus nicht identisch sind. Auch wenn z. B. der Besitz an der servitus actus vorhanden war, trat der Besitzschutz durch das interdictum de itinere actuque privato nur ein, wenn die Servitut im letzten Jahr vor der Klageerhebung eine mäßige Zeit (30 Tage) hindurch ausgeübt war.[248] Interessant ist in diesem Fall, daß, wie in der Einleitung ausgeführt ist, auch im römischen Recht zuerst Besitzschutz an Servituten aufkam und darauf erst aus diesem der Begriff des Besitzes an Servituten entwickelt wurde, gerade so wie wir es hier für das BGB. mit dem Begriffe des Quasibesitzes an Servituten tun. Der Verlust des Quasibesitzes ist nicht notwendig mit dem Untergange der Servitut selbst verknüpft, denn Besitz und Recht sind durchaus nicht von einander abhängig. Da bei eingetragenen Rechten der Untergang des Rechts sich gewöhnlich in der Löschung

248) l. 1 § 1 D. 43, 19. Si modo animo usus est vel modico tempore, id est non minus quam XXX dieleus.

desselben dokumentiert, zu dieser aber die Einwilligung des Berechtigten notwendig ist, so ist in der Löschungsbewilligung im Zweifel die Betätigung des Willens zu erblicken, auch den Quasibesitz aufgeben zu wollen. Die unheilvollen Konsequenzen, die sich aus der Puchta'schen Theorie, daß der Besitz an Servituten fortbestehe, solange die Möglichkeit der Reproduktion des Servituteninhalts vorhanden ist, ergeben,[249] können nach dem Rechte des BGB. nicht eintreten, da die Eintragung des zu ersitzenden Rechts ein Erfordernis der Ersitzung desselben ist.[250] Als Verlustgründe des Quasibesitzes sind also anzuführen: die freiwillige Aufgabe der Ausübung und die Entziehung der Ausübungsmöglichkeit.

Aus dem § 1090, der die Grundsätze des § 1029 auch auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten anzuwenden heißt, ergibt sich kein neues Moment für die nähere Formulierung unseres Quasibesitzes. Ebenso dient derselbe Quasibesitz im Fall der Tabularersitzung (§ 900,2) von Servituten als Grundlage, nur daß hier als Erfordernisse des Ersitzungsquasibesitzes hinzukommen: Eintragung in das Grundbuch und Eigenquasibesitz. Über den Begriff des dreißigjährigen Quasibesitzes, der zur Ersitzung notwendig ist, hat sich ein Streit entsponnen, der nach unserer Theorie nicht möglich erscheint. Nach dieser genügt zum dreißigjährigen Quasibesitz einmal erfolgte Ausübung des Servituteninhalts und darauf während der Dauer von dreißig Jahren Möglichkeit der Reproduktion derselben. Während Planck dagegen und

249) Vergl. o. S. 110.
250) Vergl. § 900, 2.

mit ihm Cosack, Fuchs und Oberneck[251] mindestens einmal jährlich eine Ausübungshandlung fordern, erblickt Maenner Ausübung am Anfang und Ende der Frist für genügend.

Wie man sieht, läßt sich für das BGB. ein einheitlicher Begriff des Quasibesitzes aufstellen: Quasibesitz einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist die nach einmal erfolgter Ausübung bestehende Möglichkeit der Ausübung des Servituteninhaltes. Was die Frage anbetrifft, was bei den einzelnen Servituten als Ausübungshandlung anzusehen sei, kann auf die bei der Behandlung des gemeinen Rechts über diesen Gegenstand gemachten Bemerkungen verwiesen werden.[252] Bei eingetragenen Servituten ist bei der Möglichkeit verschiedener Ausübungshandlungen zum Erwerb des Quasibesitzes auch eine Nebenausübungshandlung als genügend anzusehen. Auch in Betreff der negativen Servituten gilt dasselbe wie im gemeinen Recht, nämlich daß der den Inhalt der Servitut ausmachende Zustand infolge des Willens, ihn wie ein Servitutrecht auszuüben, vorhanden sein muß. Mit Planck und Biermann[253] bin ich hier der Meinung, daß die Eintragung ins Grundbuch beweist, daß dieser Wille vorhanden ist, während Kober[254] ein mit Erfolg gegen ein Zuwiderhandeln erlassenes Verbot fordert.

---

251) Cosack, a. a. O. S. 44; Fuchs, Kommentar z. BGB. u. GBO S. 191 B. 3; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 244—245.

252) Vergl. o. S. 42 ff.

253) Planck, a. a. O. S. 322, 3b; Biermann, a. a. O. S. 236 Bem. 1.

254) Kober, Kommentar zum Sachenrecht S. 752, 2c.

§ 35.

Erst nachdem wir uns so den für das BGB. aufzustellenden Begriff des Quasibesitzes an Dienstbarkeiten klar gemacht haben, ist es möglich, auf die Stellvertretung bei diesem Quasibesitz näher einzugehen. Hier drängt sich einem als erste Frage die auf, ob die im allgemeinen Teil unseres Gesetzbuches gegebenen Vorschriften, die ex professo über Stellvertretung handeln, hier anwendbar sind. Dies ist entschieden zu verneinen, denn wie sich aus § 164 ergibt, ist zur Stellvertretung als erforderlich zu betrachten, daß die betreffende Erklärung des Vertreters im Namen des Vertretenen abgegeben wird, wodurch ein Band zwischen dem Vertretenen und Vertreter hergestellt wird.[255] Eine solche Erklärung findet beim Besitzerwerb wohl selten statt, vor allem nicht bei der Stellvertretung durch einen Besitzmittler, die hier zunächst behandelt werden soll. Es wird also nötig sein, die Lehren über die Stellvertretung beim Servitutenquasibesitz aus den allgemeinen Besitzlehren zu entwickeln. Während im römischen Recht das Zusammenwirken zweier Faktoren notwendig war, um den Besitz einer Sache an eine Person zu knüpfen, der animus und das corpus possidendi, ist nach dem BGB. nur die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache nötig, um den Besitz derselben zu erlangen, es ist also das Willensmoment, was seine Erheblichkeit anbetrifft, vollständig ausgeschaltet worden. Hieraus ergibt sich die Folgerung, daß jemand, falls nur das äußere Merkmal der „tatsächlichen" Gewalt vorhanden ist, Besitz erwirbt,

255) Endemann, a. a. O. II S. 161.

auch wenn er gar nicht den Willen gehabt hat, ihn zu erwerben. Mag also jemand als Vertreter für einen andern den Besitz einer Sache erwerben wollen: hat er die tatsächliche Gewalt über die Sache, so ist er auch Besitzer derselben. Hieraus geht hervor, daß nach den Grundprinzipien des BGB. über die Natur des Besitzes es nicht möglich ist, Besitz durch einen Vertreter zu erwerben.[256]

In diesem Sinne stellt Leonhard[257] im allgemeinen mit Recht den Satz auf: „Es ist nicht möglich, eine Sache derart inne zu haben, daß ein anderer als Besitzer gilt." Aus praktischen Gründen jedoch hat sich der Gesetzgeber veranlaßt gesehen, von diesem Satze Ausnahmen aufzustellen: entweder hat er dergestalt eine Stellvertretung im Besitzerwerb zugelassen, daß sowohl der Vertretene als der Vertreter Besitz erwerben (Besitzmittlung), oder dergestalt, daß nur der Vertretene Besitz erwirbt Besitzdienerschaft.

Dieselben Grundsätze wie für den Sachbesitz gelten hier auch für den Dienstbarkeitenquasibesitz. Die Tatsache, daß zum Vorhandensein des Dienstbarkeitenquasibesitzes außer dem körperlichen Verhältnis der Wille notwendig ist, die tatsächliche Ausübung wie die einer Dienstbarkeit vorzunehmen, steht dem nicht entgegen, da auch beim Servitutenquasibesitz das Schwergewicht allein auf das körperliche Verhältnis zu legen ist, das Willensmoment aber nur die allerdings notwendige Begleiterscheinung desselben bildet, die von ihm nicht getrennt

256) Munscheid, a. a. O. S. 33.
257) Leonhard, Vertretung im Fahrenserwerb S. 59.

werden kann, ohne daß der Begriff des Quasibesitzes überhaupt verloren geht.

Es gilt also für den Servitutenquasibesitz der Satz: Es ist nicht möglich, eine Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit derart auszuüben, daß ein anderer als Quasibesitzer gilt. Als Ausnahme von diesem Satze ist zuerst, wie oben erwähnt, der Fall der Besitzmittlung anzusehen. Der § 868 BGB., auf den sich diese Möglichkeit der Stellvertretung gründet, ist ganz entschieden für den Quasibesitz entsprechend anwendbar, denn er enthält eine nähere Ausführung über den Begriff des Besitzes, ist also unerläßlich zum Verständnis der Regeln über den Schutz des Besitzes. Wenn also jemand eine Grunddienstbarkeit als Nießbraucher, Pächter, Mieter oder in einem ähnlichen Verhältnisse, kraft dessen er einem andern gegenüber für eine bestimmte Zeit diese Ausübung vorzunehmen berechtigt oder verpflichtet ist, ausübt, hat er den unmittelbaren Quasibesitz der Servitut, der andere den mittelbaren. Auf Grund dieser Regel ist eine Stellvertretung bei dem Erwerbe des Quasibesitzes einer Dienstbarkeit als möglich anzunehmen. Der Pächter eines Grundstücks z B. ist jedenfalls auch als zur Ausübung der mit demselben verbundenen Servituten berechtigt zu betrachten. Übt er also den Inhalt einer eben erst eingetragenen Servitut aus, so macht er den Verpächter zum mittelbaren, sich selbst zum unmittelbaren Besitzer derselben, es liegt also Stellvertretung im originären Besitzerwerb einer Servitut vor. Endemann[258] leugnet zwar die Möglichkeit originären Besitzerwerbes durch Stellvertreter, schränkt

258) Endemann, II S. 126.

dies aber selbst später wieder ein;[259] wollte man Endemanns Grundsatz konsequent durchführen, so ergäbe sich, daß der Pächter durch die Ausübung der eben erst eingetragenen Servitut nur sich den Quasibesitz erwirbt, aber nicht dem Verpächter. Dies würde aber gegen § 1029 verstoßen, indem doch dadurch, daß einfach dem „Besitzer" des Grundstücks der Quasibesitzschutz zugesprochen wird, dieser Schutz auf den mittelbaren und den unmittelbaren Besitzer erstreckt wird.

Wie oben ausgeführt, ist das Willensmoment beim Quasibesitz nicht ohne Rücksicht geblieben. Bezüglich dieses Willens, die Ausübung der Dienstbarkeit wie die eines Servitutrechtes vorzunehmen, ist hier zu bemerken, daß es genügt, wenn derselbe beim unmittelbaren Quasibesitzer vorhanden ist. Auch bei diesem genügt aber der natürliche Wille, es können also eventuell auch Geschäftsunfähige für Geschäftsunfähige Besitz als Besitzmittler erwerben. Dieser natürliche Wille ist im Zweifel als vorhanden anzunehmen, besonders dann, wenn die Servitut vorher eingetragen ist; aber auch bei den Servituten, die nicht eingetragen zu werden brauchen, dann, wenn das Servitutrecht schon besteht. Es ist also, wie hier beiläufig erwähnt sein mag, ein Quasibesitz an einer Servitut als möglich anzunehmen, auch wenn das Servitutrecht noch nicht besteht. Von rechtlicher Wirkung für den Erwerb des Rechts ist dieser Quasibesitz im Gegensatz zum gemeinen Recht, jedoch nur dann, wenn die Servitut eingetragen ist. Ob der mittelbare Besitzer überhaupt etwas davon weiß, daß der andere die Servitut ausübt oder nicht, ist vollkommen gleichgültig: durch die

259) Endemann, a. a. O. S. 162.

Ausübungshandlung des unmittelbaren Besitzers ist der mittelbare Besitzer zum Besitzer geworden, mag es mit oder gegen seinen Willen geschehen sein. Selbst wenn der mittelbare Besitzer nicht einmal die Vorstellung des Besitzes haben kann, wie dies z. B. bei einem kleinen Kinde der Fall ist, erwirbt der gesetzliche Vertreter dem Kinde den mittelbaren, sich selbst den unmittelbaren Besitz.

Zur Fortsetzung des Quasibesitzes durch den Besitzmittler genügt die Möglichkeit der Ausübung der Dienstbarkeit. Verloren geht der Besitz an Grunddienstbarkeiten dem unmittelbaren und infolgedessen auch dem mittelbaren Quasibesitzer, wenn er die Ausübung freiwillig aufgibt, welcher Verzichtswille sich natürlich betätigen muß, um rechtswirksam zu sein, oder wenn ihm die Ausübungsmacht entzogen wird. Als besonderer Grund für den Besitzverlust durch einen unmittelbaren Quasibesitzer als Stellvertreter kommt noch hinzu die Zerstörung des rechtlichen Verhältnisses, auf Grund dessen der unmittelbare Quasibesitzer zum Quasibesitze der Dienstbarkeit berechtigt war.[260] (Erklärt z. B. der Pächter das Pachtverhältnis für aufgehoben, weil er selbst Eigentümer des verpachteten Grundstücks sei, so ist damit der Besitz des Grundstücks und auch der Quasibesitz der mit demselben verbundenen Servituten für den mittelbaren Besitzer als beendigt anzusehen.

Für den Quasibesitz an beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gelten dieselben Regeln wie für die Stellvertretung im Erwerb und der Fortsetzung des Quasibesitzes an Grunddienstbarkeiten, falls die Übertragung

260) Endemann, a a. O. II S. 163.

der Ausübung derselben an andere Personen gestattet ist. Ist dies nicht der Fall, ist natürlich der Stellvertretung durch Besitzmittler überhaupt der Grund und Boden entzogen. Für den Verlust des Quasibesitzes an beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gilt insofern eine Ausnahme, als ein Rechtsverhältnis, auf Grund dessen jemand zum Quasibesitz der Servitut berechtigt ist, auch durch den Tod des mittelbaren Besitzers aufgehoben wird, da es infolge des Untergangs des Rechts auch seine Existenzfähigkeit verloren hat, mithin in diesem Falle der Besitzmittler ebenfalls den Besitz verliert, während bei einer Grunddienstbarkeit er ihn behalten würde.

§ 36.

Von dem allgemeinen Grundsatze, daß eine Person Besitz durch einen Stellvertreter nicht erwerben kann, besteht eine weitere Ausnahme bei dem vom BGB. geschaffenen Verhältnisse der Besitzdienerschaft. Auf Grund des § 885 soll nämlich jemand, „für den ein anderer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt in einem Verhältnisse, auf Grund dessen er den sich auf diese Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten verpflichtet ist", als Besitzer dieser Sache gelten, während dem anderen nur die Rolle eines sogenannten Besitzdieners zukommt. Auf den Quasibesitz an Servituten angewandt würde der Satz also dahin zu fassen sein, daß, wenn jemand für einen andern den Servitutenінhalt wie ein Recht ausübt, infolge eines solchen Verhältnisses er jenen andern zum Quasibesitzer der Servitut

macht. Wir würden aus dem Rahmen unserer Aufgabe heraustreten, wenn wir uns auf ausführliche Untersuchungen einlassen wollten, wann ein solches Verhältnis als vorliegend zu betrachten sei; es mag mir daher gestattet sein, zur Charakterisierung dieses Verhältnisses mich der Worte Endeman's zu bedienen: „Besitz ist überall da vorhanden, wo nach gefestigten sozialen Anschauungen der andere, der die Sache hält, die beliebige und unmittelbare Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache seitens eines Besitzherrn dulden muß". Es kommt also nicht darauf an, ob der Besitzdiener zum Besitzherrn in einem bestimmten rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis steht, wie dies z. B. bei einem Knecht, der die Viehtrift für den Besitzer des Gutes ausübt, der Fall ist: vielmehr ist unter den Begriff des Besitzdieners auch der Freund mit einzubegreifen, der, um den Herrn eines Grundstücks zu besuchen, eine diesem zustehende Wegegerechtigkeit ausübt. Als Besitzdiener erwirbt ferner auch das Organ einer juristischen Person den Quasibesitz einer derselben zustehenden Servitut für sie.[261] Erworben wird dem Herren der Quasibesitz durch den Besitzdiener also unmittelbar durch die Ausübung der Dienstbarkeit, wenn dies nur geschehen ist mit dem Willen, sie als Ausübung eines Servitutrechts vorzunehmen, nicht z. B. nur bittweise mit Erlaubnis des Nachbarbesitzers für einen einzelnen Fall. Es tritt auch hier wie überall das Willensmoment vollständig zurück, der Quasibesitz

261) Hier ist vielleicht der Platz zu bemerken, daß eine Häufung von Besitzdienerschaft und Besitzmittelung durchaus nicht ausgeschlossen ist: so kann der Pächter eines Grundstücks den unmittelbaren Quasibesitz der Servitut wieder durch einen Besitzdiener, z B. einen von ihm beschäftigten Knecht erwerben.

ist für den Besitzherrn also auch erworben, wenn weder beim Besitzdiener der Wille vorhanden war, den Quasibesitz für den Herrn zu erwerben, noch beim Besitzherrn der Wille, durch den Besitzdiener Quasibesitz zu erwerben, es genügt vollständig die rein körperliche Tatsache. Für den Verlust des Quasibesitzes gelten die allgemeinen, genannten Verlustgründe: er tritt also ein dadurch, daß der Besitzdiener sich die Ausübung der Dienstbarkeit erfolgreich verbieten läßt, oder daß ihm dieselbe unmöglich wird. Bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ist eine Besonderheit für den Erwerb oder Verlust des Quasibesitzes durch Besitzdiener nicht zu bemerken.

§ 37.

Außer diesen durch das BGB. selbst gegebenen Ausnahmen von der Regel, daß Besitzerwerb durch einen Stellvertreter im allgemeinen nicht möglich ist, hat Munscheid[262] noch einen Fall konstruiert, in dem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter möglich ist. Nach BGB. § 854 Absatz 2 genügt die Einigung zweier Personen, daß Besitz übergehen soll, zum Erwerbe des Besitzes, falls der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Der auf einem Gute angestellte Knecht z. B., der, durch eine Erbschaft reich geworden, seinem verschuldeten Dienstherrn das Gut abkäuft, erlangt den Quasibesitz der mit demselben verbundenen Realservituten durch die bloße Einigung, daß der Quasibesitz derselben auf ihn übergehen soll. Nichts hindert nun daran, daß der dingliche

262) Munscheid, a. a. O. S. 34

Vertrag für den Knecht durch einen Stellvertreter abgeschlossen wird, z. B. durch einen Sachwalter, dem er wegen seiner Geschäftsunkenntnis den Auftrag gegeben hat, ihm ein Gut zu kaufen. Es sind in diesem Falle natürlich die Regeln des § 164 ff. anzuwenden, es muß also der Wille des Stellvertreters, im Namen des Knechts zu handeln, erkennbar hervorgetreten sein. Dieser Ausnahmefall ist auch insofern als eine Ausnahme zu betrachten, als hier der Wille zum Erwerb des Quasibesitzes von Bedeutung erscheint; es wäre also hier auch ein Fall von Stellvertretung im Willen zu verzeichnen.

§ 38.

Bei der fast gänzlichen Bedeutungslosigkeit des Willensmomentes beim Besitz und Quasibesitz des BGB. ist die Möglichkeit einer Stellvertretung im Willen im allgemeinen überhaupt auszuschließen. Nur in den Fällen, in denen der Quasibesitz durch einen dinglichen Vertrag übergeht, ist, wie gesagt, eine Stellvertretung im Willen möglich, die sich aber nicht als Stellvertretung beim Besitzerwerb im eigentlichen Sinne charakterisiert, sondern ganz nach den gewöhnlichen Regeln des allgemeinen Teils über Stellvertretung bei Abgabe einer Willenserklärung zu behandeln ist. Es liegt also hier, wo wir ex professo von der Stellvertretung gerade beim Servitutenquasibesitz handeln, keine Veranlassung vor, näher auf diesen Fall einzugehen.

§ 39.

Damit wäre auch die Untersuchung über die Gestaltung der Stellvertretung beim Servitutenquasibesitz

des BGB. vollendet. Der Unterschied vom gemeinen Recht springt sofort deutlich ins Auge. Im gemeinen Rechte zerfällt der Besitz in die beiden Elemente des corpus und des animus, es tritt neben dem corpus infolgedessen das Willensmoment auch bei der Stellvertretung im Servitutenbesitz mächtig und bedeutungsvoll hervor. Jedoch sahen wir, daß sich in der letzten Zeit auf Grund der Anforderungen des praktischen Lebens die Stimmen mehren, die den Willen des Stellvertreters in seiner Bedeutung abschwächen wollen.[263] Diese Entwickelung ist im BGB. vollendet. Hier ist der Wille für den Erwerb des Besitzes im allgemeinen gänzlich bedeutungslos, vielmehr sind die Voraussetzungen und Wirkungen der Stellvertretung beim Besitz der Gestaltung der Verhältnisse im praktischen Leben angepaßt und auf dessen Forderungen abgestimmt. Nur noch die objektiven Tatsachen, nicht der Eigensinn des Einzelnen sind von Einfluß auf die Richtung des Besitzerwerbes: das Interesse der einzelnen ordnet sich dem allgemeinen Interesse unter.

263) Vergl. den über die Erheblichkeit d. Vertretungswillens handelnden Abschnitt.